



UNIVERSIDADE DO VALE DO TAQUARI
CURSO DE DIREITO

**APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NO PROCESSO PENAL NAS
COMARCAS DE ESTRELA E LAJEADO/RS**

Rafaela Mueller

Lajeado, junho de 2018

Rafaela Mueller

APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS NO PROCESSO PENAL NAS COMARCAS DE ESTRELA E LAJEADO/RS

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do Curso de Direito, da Universidade do Vale do Taquari – Univates, como parte da exigência para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Professor: Me. João Antônio Merten Peixoto

Lajeado, junho de 2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a minha família que esteve ao meu lado, sempre incentivando e apoiando nos melhores e piores momentos da vida acadêmica. Meu muito obrigada ao meu namorado, que sempre me compreendeu, transmitindo confiança, paciência e força para continuar nesta caminhada acadêmica.

Agradeço meu orientador pela competência e disponibilidade por dedicar seu tempo na construção desta monografia, atendendo aos chamados, sempre muito atencioso e dedicado.

Um agradecimento especial aos operadores do direito de se disponibilizaram a responder o questionário, usando de seu precioso tempo para colaborar com o levantamento de dados, dando sentido à monografia. Meu reconhecimento aos colegas de trabalho que agregaram minha caminhada acadêmica com conhecimento e troca de experiência.

RESUMO

A presente monografia aborda a aplicabilidade da Teoria dos Jogos no Processo Penal nas Comarcas de Estrela e Lajeado/RS. A Teoria dos Jogos é uma nova dinâmica de compreender o processo penal. Primeiramente será abordada a conceituação de processo penal, sua evolução histórica, previsão legal, bem como o desenvolvimento de uma teoria. Posteriormente, desenvolve-se a conceituação, características, regras e resultado do jogo processual. Por fim, analisa-se o levantamento de dados, quem são os jogadores e quais suas funções na Teoria dos Jogos no Processo Penal e a solução da bricolage jurídica na Teoria dos Jogos.

Palavras-chave: Teoria dos Jogos. Processo Penal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. –	artigos
p. –	página
Jr. –	Júnior
STF –	Supremo Tribunal Federal
STJ –	Superior Tribunal de Justiça
n. –	número
CPP –	Código de Processo Penal
CR –	Constituição Republicana

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	09
2.1 Conceituação	09
2.2 Evolução histórica	10
2.2.1 Sistema acusatório	11
2.2.2 Sistema inquisitório	14
2.2.3 Sistema misto	17
2.2.4 Sistema atual	19
2.3 Previsão legal	21
2.4 Desenvolvimento de uma teoria	22
3 TEORIA DOS JOGOS	26
3.1 Conceituação	26
3.2 Características	30
3.3 As Regras do jogo	36
3.4 O resultado do jogo	40
4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS EM PROCESSOS CRIMINAIS NAS COMARCAS DE ESTRELA E LAJEADO/RS	43
4.1 Os profissionais do Direito que atuam nas Comarcas de Estrela e Lajeado possuem conhecimento a respeito da Teoria dos Jogos?	43
4.2 Os jogadores do processo penal. Quem são os jogadores e qual o	

papel deles no jogo. Como os jogadores utilizam a Teoria dos Jogos para vencer o jogo	53
4.3 Como resolver a bricolage jurídica no processo penal com base na teoria dos jogos.....	57
5 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	68
APÊNDICE A – Questionário	71
APÊNDICE B – Termo de Consentimento Livre e Esclarecimento – TCLE..	73

1 INTRODUÇÃO

A Teoria dos Jogos, a partir do texto de Piero Calamandrei, explicado no Brasil por Alexandre Morais da Rosa (2017), é uma nova dinâmica de compreensão do Processo Penal, que analisa pontos significativos do processo, como as estratégias, as táticas e os *payoffs* (ganhos e retornos), os quais, combinando com a performance ou comportamento dos jogadores (acusação, defensor e acusado) e julgadores (o Estado juiz como mediador), podem acarretar em um novo resultado para o processo.

Os jogos são específicos a cada processo, não sendo possível aplicar a mesma jogada para outros, pois as estratégias, táticas e *payoffs* são aplicadas de formas diversas, que estão diretamente relacionadas com as características dos jogadores e julgadores. A Teoria dos Jogos, para Rosa (2014), não visa a um padrão de jogada, ela é trabalhada com crenças, pois cada petição, audiência, resposta e depoimento pode mudar a decisão do processo. São aplicados durante o processo de forma imperceptível, querendo beneficiar sempre seus jogadores.

A Teoria dos Jogos está atualmente bem visível no dia a dia da sociedade, principalmente nos noticiários relacionados à política, como, por exemplo, na grande operação Lava Jato. Em razão disso, o processo penal vem apresentando grandes mudanças em sua aplicação. Cada doutrinador, baseado nas regras, normas e nos princípios, desenvolve seu entendimento diverso, afetando diretamente no desenvolvimento do jogo.

Para melhor compreender o tema do presente trabalho, no primeiro capítulo

do desenvolvimento da monografia serão abordadas as noções gerais sobre o Processo Penal, descrevendo conceitos, evolução histórica, previsão legal e desenvolvimento de uma teoria; no segundo capítulo busca-se abordar o conceito da Teoria dos Jogos, algumas características, as regras e o resultado do jogo processual; e, no terceiro capítulo analisam-se, através da aplicação de um questionário a aplicabilidade da Teoria dos Jogos em Processos Criminais nas Comarcas de Estrela e Lajeado/RS, quem são os jogadores e qual o papel deles no jogo e como eles se utilizam da Teoria dos Jogos para vencer o jogo processual e como resolver a bricolage jurídica no processo penal com base na teoria dos jogos.

2 DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Para o adequado desenvolvimento do tema principal da monografia, faz-se necessário apresentar uma prévia de dados básicos e gerais sobre o Direito Processual Penal brasileiro, explicando sua conceituação, evolução histórica, previsão legal, característica e classificação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o desenvolvimento das teorias no processo.

2.1 Conceituação

O Direito Processual Penal é uma de tantas divisões do Direito Público e tem por finalidade a regulamentação das funcionalidades do Estado no processo, ou seja, consoante Reis e Gonçalves (2017, p. 31, texto digital), o Estado “[...] tem o poder de ditar as regras de convivência e, para isso, pode aprovar normas que tenham por finalidade manter a paz e garantir a proteção aos bens jurídicos considerados relevantes.” Assim, de acordo com Nucci (2014, p. 27), o Estado dispõe do direito de punir a partir da violação do Direito Penal e assevera que “não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine”.

Todavia, apesar de possuir o poder de punir, o Estado não pode, sem oportunizar a defesa, instituir uma pena. Este deverá averiguar as circunstâncias dos fatos, obtendo provas da prática do crime, apresentando-as ao Poder Judiciário, para, ao final, declarar a culpabilidade do réu, imputando-lhe a pena cabível (REIS; GONÇALVES, 2017).

Para Nucci (2014), o Direito Processual Penal é regulado por intermédio do Poder Judiciário, que tem o ônus de estabelecer ao processo os meios, modo e órgãos competentes para aplicar a cada infração a pena adequada.

Por sua vez, Tourinho Filho (2013), bem como Mirabete (2005), entendem que o Direito Processual Penal abrange também a Organização Judiciária Penal, a qual disciplina a regulamentação dos diversos órgãos do aparelho judiciário.

Existe, portanto, o que se chama de conflito de interesses. De um lado, o Estado pretendendo punir o agente e, de outro, a pessoa apontada como infratora exercendo seu direito de defesa constitucionalmente garantido, a fim de garantir sua liberdade.

2.2 Evolução histórica

O processo penal passou por diversas modificações ao longo dos anos até chegar à forma em que se encontra hoje. Essas mudanças foram provocadas pela sociedade, que, com o passar do tempo, alterou significativamente seu comportamento e necessidade, vindo a provocar a implementação dos sistemas processuais penais, momento em que o Estado trouxe para si a aplicação do direito, com o objetivo de proteger a coletividade (TAMBARA, 2013).

Ainda, conforme este autor, antes da implementação dos sistemas processuais penais, os conflitos eram resolvidos pela autodefesa, sendo, na maioria das vezes, praticada a injustiça, visto que nem sempre o ofendido era o mais “forte”. Posteriormente, foi implementado o sistema da autocomposição, no qual as partes faziam um acordo e decidiam o conflito entre si, de forma pacífica. Com o desenvolvimento das sociedades, o Estado-Juiz passou a dizer o direito no caso concreto, para garantir o direito do ofendido e assegurar igualdade entre as partes; para tanto, foram criados os sistemas processuais penais, que são: o sistema acusatório, o sistema inquisitório e o sistema misto.

O Direito Processual Penal brasileiro surgiu no período colonial, momento em que as pessoas ricas da sociedade abusavam de seu poder e livravam-se das penas usando seu dinheiro. Nessa época, o sistema usado era o inquisitivo, regulado pela

lei portuguesa (MIRABETE, 2005). Contudo, em 1832 foi criada a primeira legislação, o Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Muitos anos após, em 1941, entrou em vigência o Código de Processo Penal, marco histórico, pois é o que nos alcança até os dias atuais com poucas modificações (PACELLI, 2014).

Importante ressaltar que, para Lopes Jr. apud Tambara (2013, texto digital), os sistemas processuais surgiram em diferentes épocas, expondo o seguinte entendimento:

Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais. Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos.

Portanto, não se podem atrelar os sistemas processuais penais a uma evolução histórica, eis que surgiram da necessidade e, desde então, não obtiveram significativas alterações.

2.2.1 Sistema acusatório

O sistema acusatório somente se restabeleceu no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Conforme Nucci (2014), considerado o sistema mais democrático dentre os demais, por conta do advento da democracia, necessitando, para tanto, observar a dignidade da pessoa e os interesses indispensáveis, por se tratarem de liberdades públicas.

Esse sistema impõe a criação do *actum trium personarum*, que divide funções entre três personagens: o juiz, o autor e o réu. O juiz deve ser imparcial, possuindo a função de aplicar a lei, podendo somente se manifestar quando provocado, sendo que a provocação é incumbida ao autor, restando ao réu defender-se (RANGEL, 2014).

Para Lopes Jr. (2006), surgiram duas formas do processo penal, no Direito Romano da Alta República, sendo o sistema *cognitivo*, que atendia a demanda dos órgãos do Estado, e o sistema *accusatio*, que era assumido, espontaneamente por um cidadão da sociedade. Esse último sistema marcou uma profunda inovação do Direito Processual Romano, dado que proporcionava aos cidadãos com anseios políticos, a oportunidade de exibir a aptidão para os cargos públicos aos eleitores.

Pacelli (2014) assevera que nesse sistema, as partes têm liberdade para produzirem as mais variadas provas que entenderem pertinentes, para, após a fase probatória, o juiz analisá-las e decidir acerca do caso concreto. O juiz não pode, nesta fase, solicitar que as partes produzam provas, podendo apenas solicitar esclarecimentos sobre pontos duvidosos sobre o material juntado aos autos pelas partes. Nesse sistema, também é permitido às partes a igualdade, o contraditório e a ampla defesa.

Esse processualista cita lições de Bernd Schünemann, que enquadra o sistema acusatório ao sistema adversarial, cujo suprimento de informações provem exclusivamente das partes, gerando os seguintes problemas:

- a) o primeiro, relativo à questão da verdade a ser construída no processo, explicitando a necessidade de consideração de 'todas as fontes de conhecimento existentes', e não somente aquelas trazidas pelas partes; e,
- b) por isso, e seria o segundo problema do citado modelo, à necessidade de comunicação do juiz com as partes e com as provas, bem como a rejeição ao juiz inerte (PACELLI, 2014, p. 13).

Algumas características relevantes desse sistema são:

- a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo; excepcionalmente permite-se uma publicidade restrita ou especial; d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo (ne procedat iudex ex officio); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois non debet licere actori, quod reo non permittitur; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou um órgão do Estado (MIRABETE, 2005, p. 43-44).

Badaró (2008, p. 37), por sua vez, define o processo acusatório como “[...] um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas”. Assevera que nesse

sistema prevalece o princípio de inocência, onde o acusado permanece em liberdade até o proferimento da sentença. Inclusive, cabe ressaltar, que “[...] a iniciativa é do órgão acusador, o defensor tem sempre o direito de se manifestar por último. A produção das provas é incumbência das partes” (REIS; GONÇALVES, 2017, p. 32-33).

O Poder Judiciário, insatisfeito com os resultados do sistema acusatório, que começou a inspirar-se por ânimos e intenções de vingança, passou a apoderar-se das atribuições dos acusadores privados, passando, assim, a reunir em um mesmo órgão do Estado, as funções de acusar e julgar. Dessa forma, “[...] os juízes começaram a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando eles mesmo a investigação e posteriormente dando a sentença” (LOPES JR., 2006, p. 163).

Em consequência, o sistema acusatório passou a perder forças, apresentando cada vez mais características do sistema inquisitório, tanto que, “As sentenças, que na época Republicana eram lidas oralmente desde o alto do Tribunal, no Império assumem a forma escrita e passam a ser lidas na audiência” (LOPES JR., 2006, p. 164).

Segundo Lopes Jr. (2006, p. 164), o sistema acusatório estruturou suas características, passando a ser visto da seguinte forma:

- a) clara distinção entre as atividades de acusa e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes;
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Esse processualista conclui que o Estado precisa se manter inerte, proporcionar ao réu um terreno fértil, dando-lhe vez e voz. Rangel (2017, p. 47), concorda, expondo que “[...] a última razão do processo acusatório é a de preservar a imparcialidade do juiz, para que seja um autêntico julgador supra partes (*La*

defensa del imputado y el principio acusatorio. Barcelona: Bosch, 1994, p. 23. Tradução nossa)”.
 11. *ibid.*, p. 23.

Dito isso, conclui-se que o sistema acusatório tem o objetivo de equiparar a hipossuficiência da defesa com a plenitude organizacional do Estado, promovendo, portanto, a justiça.

2.2.2 Sistema inquisitório

O sistema inquisitório começou a tomar forma ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório atravessou um período de defeitos em sua aplicação, concluindo-se que “[...] a persecução criminal não poderia mais ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência” (LOPES JR., 2010, p. 63).

Diante disso, surgiu a possibilidade de “[...] existir um processo de ofício para os casos de flagrante delito”, juntamente com o sistema acusatório. Porém, os magistrados apossaram-se de todas as atribuições, reunindo em um único órgão as funções de acusar e defender, incluindo assim, todas as classes de delito (LOPES JR., 2010, p. 63).

O sistema inquisitório do Processo Penal ganhou força no período canônico. Ele surgiu com a proposta de garantir os direitos do acusado, porém, o objetivo em cerne era ampliar o poder da igreja sobre os privados, tendo em vista que, na época, o juiz tinha o poder de julgar, acusar e defender, podendo, portanto, solicitar as provas a serem produzidas, sendo passível ainda a tortura e falso testemunho, para, em seguida, julgar o processo por sua livre convicção (MIRABETE, 2005).

Essa ideia também é observada por Rangel (2014, p. 48-49), que discorre da seguinte forma:

[...] em verdade é o processo, utilizado pelo Estado como instrumento de solução do caso penal, que adota o sistema de inquisição, onde garantias constitucionais não são asseguradas ao acusado por confusão entre autor e julgador. As características (caracteres) são marcas, sinais, traços, qualidades, propriedades de um todo. No processo judicial instaurado para o acerto do caso penal existem sinais, marcas que o identificam com a inquisição. Não adianta o direito brasileiro adotar o sistema acusatório se,

em um processo judicial instaurado, o juiz interrogar o acusado sem dar-lhe o direito de, previamente, entrevistar-se com seu defensor, a fim de preparar sua defesa e, ainda, se o chamar em juízo sem dar-lhe ciência, prévia, da acusação. Ou ainda se, durante o interrogatório, interpelado o acusado de que deve falar a verdade sob pena de ser condenado. Esse processo seria regido pelo sistema acusatório, porém o juiz agiria de forma inquisitiva. Existiria processo, porque quem acusou foi o Ministério Público, mas não com as características do acusatório. De que valeria? Nada.

Segundo Reis e Gonçalves (2017), sustentam que, nesse sistema, o juiz inicia a ação e profere a sentença, deixando, assim, de garantir a imparcialidade. Faz destaque a alguns pontos principais da história:

Antes do advento da Constituição Federal de 1988 era admitido em nossa legislação em relação à apuração de todas as contravenções penais (art. 17 do Decreto-lei n. 3.688/41 — Lei das Contravenções Penais) e dos crimes de homicídio e lesões corporais culposos (Lei n. 4.611/65). Era o chamado processo judicialiforme, que foi banido de nossa legislação pelo art. 129, I, da Constituição Federal, que conferiu ao Ministério Público a iniciativa exclusiva da ação pública. Nesse sistema, o direito de defesa dos acusados nem sempre era observado em sua plenitude em razão de os seus requerimentos serem julgados pelo próprio órgão acusador (REIS; GONÇALVES, 2017, p. 33).

Para Badaró (2008, p. 37), no processo inquisitório “[...] as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador”, e o réu acaba sendo apenas “[...] um objeto do processo”.

Seguindo entendimento desse processualista, com relação ao processo, este era iniciado *ex officio* pelo juiz, não sendo necessária a apresentação de contraditório, visto que não havia distinção entre a acusação e defesa. Assim, passava-se imediatamente à investigação, que era feita pelo inquisidor, isto é, juiz. Os processos geralmente tinham forma escrita e eram mantidos em segredo. Na fase probatória, o juiz tinha liberdade para colher as provas que entendia pertinentes. Diferente do sistema acusatório, aqui, o acusado permanecia preso durante todo o processo, sendo, na maioria das vezes, torturado até a confissão.

Com a mesma visão, Lopes Jr. (2010, p. 63) discorre da seguinte forma:

Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz.

Nesse sistema, a prisão, que era cautelar no sistema acusatório, passou a ser regra geral, para que o acusador esteja sempre à disposição do inquisidor, a fim de conduzir a confissão e, por fim condenar o acusado. Com a confissão, considerada a prova máxima, não havia necessidade do defensor para o acusado, aliás, o papel do advogado, no sistema inquisitório, era convencer o acusado de confessar o delito, para, finalmente, iniciar a fase de execução (LOPES JR., 2010).

O interrogatório era peça essencial nesse sistema, dada importância da confissão. Durante o interrogatório aplicava-se uma técnica especial, onde o acusado passava por cinco tipos progressivos de tortura, num período de quinze dias. Caso o acusado não confessasse nesse período, era considerado “[...] suficientemente torturado e era liberado”. Essa técnica mostrava-se eficaz, entretanto, “[...] em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas” (LOPES JR., 2010, p. 67).

Uma das características do sistema inquisitório era a inexistência da coisa julgada, que tinha por finalidade deixar o absolvido ao alcance da inquisição, podendo o processo ser reaberto a qualquer momento pelo tribunal, a fim de punir o acusado. Aliás, o inquisidor sentenciava o processo com muita cautela, para não dar a entender que o réu estava absolvido, que apenas não haviam encontrado provas suficientes contra ele (LOPES JR., 2010).

No final do século XVIII e início do século XIX “[...] os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo”, movimentando-se o processo para o sistema misto (LOPES JR., 2010, p. 68).

Esse processualista conclui que o sistema inquisitório perdeu forças devido ao erro psicológico de crer que uma única pessoa possa exercer todas as funções do processo penal.

Conclui-se, como enfatiza Badaró apud Tambara (2013, texto digital), o objetivo do sistema inquisitório como sendo o princípio de autoridade, “segundo o qual a busca da verdade é mais bem compreendida, quanto maiores forem os poderes conferidos ao investigador”.

2.2.3 Sistema misto

O sistema misto surgiu com a finalidade de defender o sistema acusatório, que, na maioria das vezes, era acionado somente por vingança, sendo pouco procurado pelos ofendidos devido à falta de recursos ou desinteresse. Nesse sistema, o Ministério Público apresentava a acusação e o Juiz as investigava (RANGEL, 2014).

Junto ao sistema acusatório, que ficava a cargo do Ministério Público, nasce também o sistema investigatório, coordenado por um magistrado. Esse conjunto ficou denominado de sistema misto, pois continha traços do modelo inquisitório e acusatório. Esse sistema surgiu pelo fato do Código de Processo Penal originário ter caráter inquisitório, sendo praticamente impossível a aplicação do sistema acusatório. Entretanto, com alguns ajustes no decorrer dos anos, foi possível dar ao Processo Penal uma forma acusatória, de acordo com Pacelli (2014).

Mirabete (2005, p. 44), descreve da seguinte forma o surgimento deste sistema:

O sistema misto, ou sistema acusatório formal, é constituído de uma instrução *inquisitiva* (da investigação preliminar e instrução preparatória) e de um posterior juízo *contraditório* (de julgamento). Embora as primeiras regras desse processo fossem introduzidas com as reformas da Ordenança Criminal da Luiz (1670), a reforma radical foi operada com o *Code d'Intruction Criminelle* de 1808, na época de Napoleão, espalhando-se pela Europa Continental no século XIX. É ainda sistema utilizado em vários países da Europa e até da América Latina (Venezuela). No direito contemporâneo, o sistema misto combina elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual local e se subdivide em duas orientações, segundo a predominância na segunda fase do procedimento escrito ou oral, o que, até hoje, é matéria de discussão.

Consoante entendimento do processualista Lopes Jr. (2010), após o fracasso do sistema inquisitório, voltou-se a adotar o sistema acusatório, portanto, o Estado mantinha a titularidade do poder de penar, mas tinha receio de passar as atribuições de acusar a pessoas distintas. Assim, criou-se o Ministério Público, que é um ente estatal, todavia, é terceiro distinto do juiz, garantindo, assim, a imparcialidade.

Já Tourinho Filho (2013) sustenta que o sistema misto surgiu para aumentar as garantias do réu, assegurando a ele o direito de defesa no curso da instrução probatória.

Ademais, assim como sistema acusatório e o inquisitório, o misto também possui características própria, sendo destacado por Rangel (2017, p. 53) as seguintes:

- a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de “*juizado de instrução*” (v. g. Espanha e França). Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (*nemo iudicio sine actore*);
- b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;
- c) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa;
- d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;
- e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência.

Cabe destacar que há insuficiência na classificação do sistema misto, em relação à identificação do núcleo fundante. Percebe-se que na ideologia de diversos doutrinadores, o sistema misto surgiu com a separação das atividades de acusar e julgar, entretanto, essa concepção só nos transmite a ideia da delimitação das esferas de atuação (LOPES JR., 2013).

Na verdade, do ponto de vista de Lopes Jr. (2013, p. 119), a ideia de abstração dessa separação é de que ela se mantenha, permanecendo a iniciativa probatória nas mãos das partes, possibilitando ao juiz manter a imparcialidade. Por fim, oportuniza o contraditório, “[...] assegurando a igualdade de tratamento e oportunidade entre as partes”.

Consoante Reis e Gonçalves (2017, p. 33), “[...] há uma fase investigatória e persecutória preliminar conduzida por um juiz”, “[...] seguida de uma fase acusatória em que são assegurados todos os direitos do acusado e a independência entre acusação, defesa e juiz.” Destaca, ainda, que esse sistema é utilizado em diversos países europeus, tendo como característica principal a existência do Juizado de Instrução.

Conclui, conforme Rangel (2017), assegurando que o sistema misto não é o melhor, pois mantém o juiz em frente a produção de provas, mesmo que na fase preliminar de acusação.

2.2.4 Sistema atual

Nesse item, será possível observar que a maior parte dos doutrinadores entende que atualmente no Brasil é adotado o sistema acusatório, porém, não puro.

Conforme destacado por Reis e Gonçalves (2017, p. 33), no Brasil é atualmente adotado o sistema acusatório, entretanto, “[...] não se trata do sistema acusatório puro, uma vez que, apesar de a regra ser a de que as partes devam produzir suas provas, admitem-se exceções em que o próprio juiz pode determinar, de ofício, sua produção de forma suplementar.”

Destaca-se que o artigo 29, “[...] da Constituição Federal não contém dispositivo adotando o sistema acusatório puro e tampouco impede o juiz de determinar diligências apuratórias de ofício”.

Nesse sentido, Reis e Gonçalves (2017, p. 34) evidencia:

Suponha-se, por exemplo, que o promotor, ao denunciar pessoa responsável por inúmeros latrocínios, esqueça-se de arrolar uma testemunha-chave. No sistema acusatório puro, a absolvição seria inevitável, isto é, por um mero engano do órgão acusador a sociedade ficaria à mercê de um criminoso de alta periculosidade. Em nosso sistema, entretanto, o magistrado, ao perceber a falha pode, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a oitiva da testemunha imprescindível. Do mesmo modo, se a denúncia atribui dois crimes ao réu e o promotor, por equívoco, somente faz perguntas às testemunhas em relação a um dos delitos na audiência, é óbvio que o juiz pode complementar a inquirição, tudo, conforme já se mencionou, em prol da verdade real, da proteção aos interesses sociais e à ampla defesa (já que o poder judicial de determinar diligências complementares também pode ser utilizado em benefício do acusado).

Seguindo esses processualistas, o artigo 385, do Código do Processo Penal, é o maior indício de que não se adotou o sistema acusatório no Brasil, pois propicia ao juiz condenar o réu, mesmo que o Ministério Público tenha opinado pela sua absolvição.

Tourinho Filho (2013, p. 118) refere-se ao atual sistema como “Direito Pátrio”, ressaltando que o Brasil não adotou o sistema acusatório puro, “[...] mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes.” Nesse “novo” sistema, o juiz não questiona com o intuito de produzir provas, mas com a intenção de elucidar fatos ainda não esclarecidos, a fim de proferir corretamente a sentença.

Percebe-se que o inquérito policial é um dos grandes aliados do sistema acusatório puro, bem como é o que quebra sua essência. Rangel (2017) expõe que o inquérito policial trata o acusado como objeto de investigação, muitas vezes, interrogando-o sobre a veracidade dos fatos em audiência, sem lhe permitir o contraditório.

Nesse sentido:

Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito (RANGEL, 2017, p. 54).

Assim, conclui-se que o sistema acusatório passou a ter resquícios do sistema inquisitório, porém, a Constituição Federal conferiu a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público.

Lopes Jr (2013, p. 120) trata esse sistema atualmente utilizado como “A Falácia do Sistema Básico”, referindo-se a ele como “o monstro de duas cabeças”. Possui o mesmo entendimento de Paulo Rangel, destacando “[...] que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão.”

2.3 Previsão legal

Para se alcançar o objetivo desse subcapítulo, será necessário discorrer acerca da interpretação das leis, bem como sobre as diversas leis que influenciam na aplicação do direito processual penal.

Uma lei somente será aplicada quando “[...] existir uma identidade entre o que está abstratamente descrito e o que concretamente aconteceu ou está acontecendo”. Para interpretá-la, é preciso analisar o seu alcance e sentido, então, conseguirá aplicá-la ao caso concreto (CALVES; ARRUDA; PEREIRA, 2015, p. 21).

Antes de uma lei entrar em vigor, ela deve seguir alguns passos habituais como, ser elaborada, posteriormente sancionada e promulgada e, por fim, publicada. Depois da publicação, tem-se um lapso de tempo, que conhecemos como *vacatio legis*, para se tornar conhecida. Decorrido o lapso temporal, segundo Tourinho Filho (2013), finalmente a lei entra em vigor.

Salienta, ainda, que as leis são feitas para atingir os crimes futuros, e não os do passado, pois entende-se que essa lei não mais abrange a demanda. O artigo 2º do Código Penal permite que seja aplicada a retroatividade benéfica ao réu.

Em se tratando de direito processual penal, cabe qualquer forma de interpretação, sendo possível ter uma interpretação extensiva, visto que está previsto no artigo 3º do Código de Processo Penal, consoante destacado por Calves, Arruda e Pereira (2015).

O direito processual penal contém parte de seus dispositivos regulamentadores localizados na Constituição Federal, como, por exemplo, diversos princípios e regras que disciplinam os órgãos, bem como o alcance da competência de órgãos jurisdicionais. O Decreto-lei nº 3.689/41, em vigor desde 1º de janeiro de 1942 “[...] contém o maior número de regras disciplinadoras deste ramo” e, sofreu diversas alterações para se adaptar as realidades jurídicas e sociais que surgiram (REIS; GONÇALVES, 2017, p. 31).

Esse código regulamenta, por exemplo:

[...] a aplicação da lei processual no tempo e no espaço; a investigação dos delitos por meio do inquérito policial; as diversas formas de ação penal e

sua respectiva titularidade; a competência dos órgãos jurisdicionais; os sujeitos processuais; a forma de coleta das provas; as diversas modalidades de procedimentos de acordo com a espécie e gravidade da infração penal cometida; as nulidades decorrentes da não observância das formalidades processuais; os recursos etc. (REIS; GONÇALVES, 2017, p. 31).

Além do Código de Processo Penal, existem diversas outras leis que regulamentam os crimes, como a Lei de Drogas, dos Juizados Especiais Criminais, dos crimes falimentares, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha, ambiental e da interceptação telefônica (REIS; GONÇALVES, 2017).

2.4 Desenvolvimento de uma teoria

Neste tópico, desenvolver-se-á acerca das teorias, explicando conceito de teoria, que não é unívoco, e quais são os requisitos exigidos para que ela se desenvolva em uma disciplina.

De acordo, com o Dicionário de Língua Portuguesa Michaels, teoria é um “conjunto de princípios, regras ou leis, aplicados a uma área específica”, bem como um “conhecimento abstrato que se limita à exposição de caráter meramente especulativo, voltado para a contemplação da realidade, em oposição à prática e ao saber técnico”, são “conhecimentos sistematizados que se fundamentam em observações empíricas e em estudos racionais e que, ao formular leis e categorias gerais, possibilitam classificar, ordenar e interpretar os fatos e as realidades da natureza, apresentam noção geral e abrangente”, “generalidade” (Dicionário Online de Português, texto digital).

Considerando o conceito de teoria, segundo Lakatos (2017), compreende-se que, com relação ao senso comum, teorias são ideias não comprovadas, baseadas em fatos verdadeiros, e se certificadas ganham autoridade legal. Fatos e teorias são inter-relacionadas, tanto que não existe teoria sem ser baseada em fatos. São indispensáveis a abordagens científicas, consistindo em instrumento científico apropriado para explicação dos fatos.

Seguindo, ainda, o entendimento desse pesquisador, agora sob o aspecto científico, conceitua teoria como uma relação entre fatos, que consiste em conceitos,

classificações, correlações, generalizações, princípios, leis, regras, teoremas, axiomas, etc. (LAKATOS, 2017).

Além disso, a teoria age no fato com o objetivo de focalizar sua atenção a determinados aspectos, centralizando as ideias e restringindo sua amplitude.

Assim, Lakatos (2017, p. 130) expõe:

- a) **Restringindo a amplitude dos fatos a serem estudados em cada campo de conhecimento.** Na Economia, por exemplo, orienta as investigações para as atividades humanas no campo da organização de recursos.
- b) **Definindo os principais aspectos de uma investigação, precisando, portanto, os tipos de dados que devem ser abstraídos da realidade como objeto de análise.** Tomando como exemplo uma bola de futebol, verificamos que ela pode ser estudada: do ponto de vista econômico: padrões de oferta e procura; do ponto de vista químico: exame dos produtos químico-orgânicos de que é constituída; do ponto de vista físico: volume, peso, pressão e velocidade; do ponto de vista social: jogo, comunicação, formação de grupos, interação etc.

A teoria atua como um sistema de conceituação e classificação de fatos, possuindo, nesse aspecto, as funções relacionadas com a representação dos fatos, com o intuito de revelar sempre sua verdadeira concepção, fornece um universo vocabular científico, de acordo com cada ciência, a fim de facilitar a compreensão dos fenômenos e a comunicação entre os cientistas, expressar uma relação ente os fatos estudados, formando “símbolos” para cada conceito, classificar e sistematizar os fenômenos, acontecimentos, aspectos e objetos da realidade e resumir a explicação dos fenômenos, expressando sua concepção e correlação (LAKATOS, 2017).

Além das funções acima expostas, Lakatos (2017) atribui à teoria a função de resumir através das generalizações empíricas e das inter-relações de afirmações comprovadas, o que já se sabe acerca do assunto em desenvolvimento.

Lakatos (2017) entende que os fatos possuem um papel significativo no desenvolvimento das teorias, pois “um fato novo, uma descoberta, pode provocar o início de uma nova teoria.” Destaca, como exemplo, talvez, um dos mais antigos, mas o mais famoso, o de Arquimedes:

[...] posto perante o problema de como determinar o peso específico dos corpos, percebeu, ao se banhar, que seus membros, mergulhados na água, perdiam parte de seu peso; este fato conduziu a um dos princípios da

Hidrostática, segundo o qual, todo corpo mergulhado num fluido sofre da parte deste uma pressão vertical de baixo para cima, igual ao peso do volume de fluido que desloca (LAKATOS, 2017, p.130).

E conclui:

Dessa forma, devemos concluir que os fatos não falam por si; é necessário que o observador ou pesquisador vá mais além, procurando explicar os fatos e suas correlações, para que eles sirvam de base objetiva para a construção de uma teoria (LAKATOS, 2017, p.130).

Assim, é possível concluir que não há teorias sem fatos, e não há sentido nos fatos sem teorias.

Tendo em vista que as teorias são baseadas em fatos, com alterações constantes, bem como suas pesquisas são contínuas, a rejeição e a reformulação das teorias tendem a ocorrer simultaneamente com a observação de novos fatos, dado que surgem dúvidas em seu conceito antigo, não se enquadrando mais em sua nova visão (LAKATOS, 2017).

Ocorre, também, a redefinição e o esclarecimento das teorias, destarte o foco de interesse da teoria. Acontece que dada teoria se formou baseada sobre aspectos gerais, contudo, surgiram hipóteses específicas, que, conseqüentemente, exigiram sua explicação à renovação e a redefinição (LAKATOS, 2017).

É necessário, ainda, perceber que as teorias podem ter seus conceitos clareados, pois uma das exigências fundamentais da pesquisa é a de que os conceitos sejam definidos como suficientes (LAKATOS, 2017).

Por fim, Kaplan apud Lakatos (2017) conceitua teoria como “um meio para interpretar, criticar e unificar leis estabelecidas, modificando-as para se adequarem a dados não previstos quando de sua formulação e para orientar a tarefa de descobrir generalizações novas e mais amplas”.

Estas teorias também surgem da necessidade de encontrar explicações para os fatos da realidade, visando “conduzir à descoberta de aspectos invariáveis comuns aos diferentes fenômenos, por meio da classificação e da generalização”. Seu conceito, tem um campo de abrangência mais amplo do que as leis, pois “[...] se a lei declara a existência de um padrão estável em eventos e coisas, a teoria assinala o mecanismo responsável por esse padrão” (LAKATOS, 2017, p. 130).

Diante de todo o exposto, cabe destacar o que Lakatos (2017, p. 130) entende como objetivo das teorias:

O objetivo das teorias é compreender e explicar os fenômenos de forma mais ampla, através da reconstrução conceitual das estruturas objetivas deles. Dessa forma, de um lado, a compreensão e a explicação estabelecem as causas ou condições iniciais de um fenômeno e, de outro, proporcionam a derivação, tanto de consequências quanto de efeitos e, assim, possibilitam a previsão da existência ou do comportamento de outros fenômenos. Portanto, a teoria fornece-nos dois aspectos relacionados com os fenômenos: de um lado, um sistema de descrição e, de outro, um sistema de explicações gerais. Concluindo, a teoria não é mera descrição da realidade, mas uma abstração.

Considerando que o termo teoria não é unívoco, vale apresentar o conceito de teoria, conforme o entendimento filosófico.

Tendo por base o Dicionário Básico de Filosofia, por Marcondes e Japiassú (2008), na concepção da filosofia grega, teoria é “[...] conhecimento especulativo, abstrato, puro, que se afasta do mundo da experiência concreta, sensível”. Tem uma visão semelhante à do Dicionário da Língua Portuguesa, quando expõe que teoria é um “Conjunto de hipóteses sistematicamente organizadas que pretende, através de sua verificação, confirmação, ou correção, explicar uma realidade determinada”.

Entretanto, consoante Abbagnano (1998), existem diversos significados do termo teoria, sendo os principais, a especulação ou vida contemplativa, surgida na Grécia, uma condição hipotética ideal a fim de observar as imperfeições e buscar o pleno cumprimento das normas, a ciência pura, que exclui a aplicação da ciência e, por último, o conceito científico, que deve ser considerado especialmente nesse ponto, pois esse não somente baseia-se no fato em si, mas busca instrumentos para contemplar sua comprovação.

Essa tese tem por finalidade verificar como surgem as teorias e, conseqüentemente, entender o propósito de uma teoria, bem como da Teoria dos Jogos, tema que iremos tratar no próximo capítulo.

3 TEORIA DOS JOGOS

A Teoria dos Jogos proporciona aos magistrados o desenvolvimento de novas técnicas de apreciação e julgamento, evitando limitar-se somente aos fundamentos legais, princípios ou normas, assim, motivando-os a ver o processo como um jogo, procurando perceber as características, atitudes e movimentos de cada jogador, que são imprevisíveis. Assim, este capítulo terá como objetivo identificar conceitos da Teoria dos Jogos, apresentando suas características, bem como examinar as regras e resultado do jogo.

3.1 Conceituação

O processo penal baseado na Teoria dos Jogos é composto por três pontos importantes: “[...] (a) o das normas processuais; (b) do discurso lançado processualmente e seus condicionantes internos/externos e, (c) da singularidade do processo (seu julgador e seus jogadores)”. Destarte a estrutura do processo seja universal, sua decisão deverá ser individualizada (ROSA, 2013, p. 13).

Quando as normas do processo penal ganham características condicionadas a fatores externos, perde-se “[...] a compreensão idealizada do processo penal”, pois acaba por “[...] desconsiderar as contingências de cada jogo processual e a complexidade da questão hermenêutica”, ou seja, embora o processo penal siga um roteiro universalizado, os incidentes podem alterar as causas (ROSA, 2013, p. 14).

A Teoria dos Jogos é uma nova dinâmica de compreensão do processo penal, cuja figura surge da “[...] pressuposição de que o resultado processual não depende exclusivamente da performance de um dos jogadores, mas decorre da interação das estratégias e táticas utilizadas no limite temporal do processo [...]” (ROSA, 2014, p. 23).

No jogo aplicado ao processo penal, a sorte é grande aliada, mas não tem a mesma característica que a utilizada nos jogos de azar, pois ela deve ser mesclada com a elaboração de estratégias e táticas durante o jogo. Para ser um bom jogador, é necessário muito mais do que sorte, é preciso conhecer as regras processuais, ter “[...] habilidade, inteligência, ritmo, harmonia, capacidade de improviso e *fair play*” (ROSA, 2014, p. 16), acrescentando que, acima de tudo, é preciso compreender a dogmática crítica.

O ideal para compreender o jogo processual é designar os lugares do jogo. Inicialmente, observa-se que o julgador, trata-se do juiz, desembargadores ou ministros; os jogadores são compostos pela acusação, assistente de acusação, defensor e acusado; o terceiro passo é definir as estratégias ao resultado que se almeja; o quarto, são as táticas, que se caracterizam por cada movimentação feita no jogo; e, por fim, os *payoffs*, que são os ganhos ou retornos do jogador, com a estratégia ou tática exibida (ROSA, 2013).

Segundo esse processualista, as partidas são organizadas conforme as normas processuais, estabelecendo os sujeitos que atuarão no processo, bem como o lugar onde acontecerão os jogos processuais. Então, as regras dependem da convenção estatal, variando de acordo com o país a ser aplicado.

Nesse sentido:

No jogo processual as regras são impostas pelo Estado e sustentadas pelo magistrado. Limita o tempo, desde a denúncia até o trânsito em julgado, bem assim o espaço (Tribunal) em que será jogado. É dinâmico e com a possibilidade de mudança, alternância, vitória, empate ou derrota. E pode se renovar (jogos repetitivos ou noutras instâncias recursais) (ROSA, 2014, p. 16).

Decorar as regras do processo penal não é o suficiente para ser um bom jogador, é preciso ir além. Calamandrei apud Rosa (2014, p. 23) explica:

O processo não é unicamente ciência do direito processual, não é unicamente técnica de sua aplicação prática, é também leal observância das regras do jogo, isto é, fidelidade àqueles cânones não escritos de correção profissional, que demarcam os confins entre a elegante e valiosa maestria do astuto esgrimista e as desajeitadas armadilhas do trapaceiro.

Outra forma de compreensão do jogo processual penal pode ser vista na Microeconomia, que é o “ramo da ciência econômica que estuda o comportamento de unidades determinadas diante das flutuações das variáveis econômicas” (Dicionário Online de Português, texto digital), pois demonstra qual o comportamento que podemos esperar de cada participante, tendo por base a relação entre fins e meios. Então, no processo penal, ao definir uma estratégia, se está elaborando um plano de ação, com o intuito de esperar determinada reação do outro jogador (ROSA, 2013).

O jogo deve acontecer de forma cooperativa quando se está do mesmo lado, já que, na maioria das vezes, é na cooperação que se encontra o benefício, pois acabam ambos prejudicados, diante do egoísmo para com o colega. Rosa (2013, p. 17) destaca, conforme anteriormente exposto, baseado no Dilema do Prisioneiro, o qual “[...] demonstra que o resultado coletivo não decorre necessariamente de escolhas individuais egoístas, mas de contingências e interações inerentes ao jogo processual”.

A falta de cooperação nas situações estratégicas torna o jogo ainda mais complexo, considerando que interfere no resultado da estratégia, e o resultado depende das decisões dos demais jogadores. Dessa forma, é que não podemos tratar o processo penal como platônico, pois, apesar das regras processuais dispostas, em cada processo encontra-se uma surpresa, consequência da personalidade do julgador e dos jogadores de cada processo, que o tornam único (ROSA, 2013).

Ademais, Rosa (2013, p. 19) destaca que o processo está ligado a uma guerra autorizada pelo Estado, onde os jogadores buscam o “[...] confronto e a vitória, muitas vezes sem levar em conta os custos e os recursos necessários e disponíveis, especialmente diante da escassez”. A guerra sustenta o ponto de desequilíbrio do jogo processual, que está ligado à dificuldade de cooperação dos jogadores, que pode ser entendido através do Equilíbrio de Nash.

O Equilíbrio de Nash constitui-se da crença de que o jogador ou julgador dará a melhor resposta, ou seja, é quando se espera a determinada ação do outro jogador ou julgador. Durante um jogo, podem ocorrer diversos Equilíbrios de Nash, bem como podem não ocorrer (ROSA, 2018).

Segundo Rosa (2013), a transformação do processo em jogo de guerra se dá pelas influências externas no processo, que são: a mídia, os políticos, a máfia, a polícia e os magistrados, Ministério Público e defensores. Entretanto, assevera que as decisões proferidas pelos julgadores, não devem ser influenciadas por movimentos externos, pois, ao contrário, prevalecerá a falcatura. “Talvez a assunção alienada da noção de guerra seja verificável quando o jogador, em nome do resultado, aceita mitigar os princípios da própria guerra, uma vez que a necessidade de vitória exclui a legalidade impeditiva do êxito” (ROSA, 2013, p. 22).

Para prevenir a falcatura, deve-se dominar a teoria processual e de direito penal, ter experiência e entender a sucessão de jogadas, conquistando, ao final, um resultado favorável (ROSA, 2013).

O jogo processual espalha-se por diversos momentos probatórios e processuais em busca do resultado final. Na partida, por óbvio, os jogadores esperam pela vitória, ou seja, o jogador-acusador espera pela condenação, e o jogador-defensor, pela absolvição. Durante o andamento do processo, movimentam-se por meio das táticas, modificando-as sucessivamente, para evitar que o oponente apresente melhores argumentos, tanto na quantidade, quanto na qualidade, a seu favor. “O jogador-acusador pretende romper com a fortaleza da inocência, enquanto a defesa sustenta as muralhas” (ROSA, 2013, p. 29).

Nesse sentido:

Em resumo: O processo penal se estrutura como uma modalidade de jogo processual no qual há (a) conjunto de normas jurídicas; (b) que estabelecem expectativas de ganho/perda em momentos específicos (recebimento/rejeição da denúncia; absolvição sumária; produção probatória; informações, condenação/absolvição – em diversas circunstâncias), (c) mediante jogadas temporalmente indicadas (denúncia/queixa, defesa preliminar, alegações finais, recursos, similares), (d) para os quais o Estado Juiz emite comandos (despachos, interlocutórias, decisões, acórdãos, similares) da vitória/derrota (total ou parcial) (ROSA, 2013, p. 29-30).

Outro ponto que afeta a Teoria dos Jogos, segundo Rosa (2013), é o garantismo penal que está estancado, considerando que “[...] tanto o Código Penal como o Código de Processo Penal são editados, na matriz, sob outra ordem constitucional e ideológica, bem assim porque houve significativa modificação do desenho político criminal e contemporâneo” (ROSA, 2013, p. 31). Esse conceito tinha eficácia quando o Estado possuía um Controle Social sem o amparo dos Direitos Humanos, mas ainda é visto, claramente, quando falamos sobre os sistemas acusatório x inquisitório. A superação do conhecimento formado de Jurisdição, Ação e Processo, partirá da Teoria dos Jogos.

Conclui-se que a Teoria dos Jogos é uma forma de ver o processo penal com outros olhos, é sentir a emoção, a adrenalina que ela proporciona nos sujeitos atuantes, é perceber cada traço existente no adversário e se beneficiar, é mesclar o processo penal com a estratégia de cada jogador.

3.2 Características

A Teoria dos Jogos “constitui-se num jogo de táticas processuais no decorrer do jogo processual guiado por estratégias dos efeitos pretendidos (pena)” (ROSA, 2014, p. 38); para que aconteça o jogo processual, é necessário estabelecer os lugares no jogo: jogadores, julgadores, estratégias, táticas e *payoffs* (ganhos e retornos).

Na posição dos jogadores se busca a vitória da partida. São agentes racionais que elaboram estratégias na busca pelo resultado pretendido; esses agentes são divididos em: jogadores de acusação e jogadores de defesa. Por outro lado, na posição do julgador, tem-se o objetivo de garantir o cumprimento do *fair play* (jogo limpo) e ao final da partida proferir decisão fundamentada.

As estratégias, por sua vez, são programas do jogo processual que buscam o melhor resultado dos *payoffs* (ganhos e retornos), ou seja, é “o caminho escolhido pelo jogador para alcançar seus objetivos, levando em consideração a avaliação do cenário e as previsões que faz sobre os movimentos dos outros jogadores e do julgador” (ROSA, 2017, p. 91). Elas devem ser reavaliadas durante o jogo, tendo em

vista que estratégias rígidas prejudicam o jogo, diante da falta de adaptação as circunstâncias. É preciso ser ágil diante das situações desconfortáveis, para antecipar as rodadas futuras. Um jogador sem estratégias é presa fácil num jogo processual. As estratégias são aplicadas de forma tática, que são ações que têm a finalidade de operar a estratégia e que mantém o equilíbrio do jogo, já que cada subjogo é uma conquista para alcançar o resultado. As táticas e estratégias se comunicam o tempo todo (ROSA, 2017).

Nesse sentido:

Podemos, então, estabelecer os possíveis resultados de cada subjogo em face da probabilidade dos resultados associados e os comparar, adotando, a parte deste desenho, táticas mais ou menos arriscadas, dominantes ou dominadas, com blefes e trunfos, diante de cada contexto processual. Sempre considerando, entretanto, que os demais agentes processuais são inteligentes e podem, também, adotar táticas de contenção (ROSA, 2017, p. 92).

Um método importante a ser utilizado da fixação das táticas e estratégias é o Equilíbrio de Nash, ele se caracteriza pelo domínio do jogo. Quando o jogo estiver dominado, conhecendo a qualidade e quantidade das informações possíveis, é cabível a antecipação de ações em face das recompensas, ou seja, estabelecer a sua estratégia dominante, pois nesse ponto do jogo não há incentivo aos jogadores para modificarem suas ações sem que o outro também mude as suas. Esse método depende dos “[...] reais fatores do jogo, especialmente a força, os trunfos e meios de disputa, dada a assimetria do jogo processual” (ROSA, 2017, p. 93).

A primeira pergunta a se fazer no jogo processual é: qual a estratégia dominante? E a resposta é: a vitória. Entretanto, para se chegar a vitória é preciso de outras respostas antes e, conseqüentemente, outras estratégias. É preciso compreender, antecipadamente, o que significa vencer para o adversário. No caso, se seu adversário for o jogador acusador, deve-se analisar se ele pretende a condenação e, se seu adversário for o jogador defensor, analisa-se se ele busca a absolvição, a extinção da punibilidade ou a pena reduzida (ROSA, 2017).

Ainda, outro ponto a se analisar antes de chegar a vitória, é o julgador. Como sabemos, cada julgador possui uma linha de entendimento, não sendo necessários, por vezes, elaborar uma petição de dezenas de folhas, explicando sua tese, se o julgador possui uma visão contrária. Portanto, para se ter um resultado positivo no

jogo processual, faz-se necessário observar a composição desse julgador. Rosa (2017) sugere, como tática “[...] a interposição de habeas corpus pela defesa ou mandado de segurança pelo acusador”, asseverando que “[...] pode ser sem pretensão de resultado positivo, mas somente tática para se fixar a competência em caso de recurso.” Então, torna-se mais eficaz, elaborar uma peça com argumentos que convença o julgador a proferir uma decisão com resultados positivos para sua estratégia dominante (ROSA, 2017, p. 95).

Assim, chega-se à conclusão que a pergunta certa seria: “Se a vitória depende da decisão de um julgador inautêntico é melhor entender como ele funciona ou lançar argumentos que ele é incapaz de entender?” (ROSA, 2017, p. 96).

A Teoria dos Jogos possui caráter dinâmico, e isso se dá devido ao grande número de subjogos em desenvolvimento no jogo, bem como as informações que o oponente pode estar guardando para momento posterior, como trunfos. As informações incompletas lançadas no jogo entre os jogadores causam expectativas de comportamento e de interação, não podendo, por segurança no jogo, o adversário criar “[...] crenças sobre os cursos de ação, sem que tenhamos, antes, condições de afirmar, com 100% de certeza, de que as nossas crenças estão corretas.” É relevante observar o adversário, bem como conhecer suas táticas e estratégias, não o subestimando, para evitar ser surpreendido com novas táticas e estratégias. Os grandes aliados dos jogadores para evitar ser surpreendido são os blefes, trunfos e as jogadas arriscadas (ROSA, 2017, p. 96).

Para se ter o domínio do jogo, é imprescindível que o jogador tenha integral conhecimento do mapa mental do adversário, igualmente do julgador, ou seja, é preciso verificar todas as jogadas e decisões acostadas ao processo até determinado ponto, analisando, inclusive, as consequências das consequências, e, então, adotar as táticas dominantes. Ademais, é a partir desse momento que se passa a ter recompensas relevantes, quando compreendemos o senso processual (ROSA, 2017).

Nesse sentido:

Podemos resumir da seguinte forma: Se eu fizer esta ação, provavelmente o jogador adversário adotará a tática x e o julgador y, abrindo a possibilidade de adotar o caminho w ou z. E assim por diante, ainda que seja muito complicado se colocar no lugar do outro (ROSA, 2017, p. 97).

Cabe destacar que, mesmo que o jogador acredite estar dominando o jogo, ele precisa permanecer atento, pois tanto o jogador, quanto o julgador podem estar captando sua jogada. Nessa fase, faz-se imperioso manter o *fair play* (jogo limpo), dos blefes, trunfos, truques e ameaças. Aliás, ganhou-se uma rodada, mas não a partida. Permanecer alerta durante todo o jogo e em todos os movimentos do processo é essencial para se alcançar o resultado (ROSA, 2017).

Analisar e “[...] reconhecer o micro poder dos assessores, estagiários e servidores será um ganho, já que das decisões deles, muitas vezes, depende o sucesso da estratégia” (ROSA, 2017, p. 99).

Ter o domínio do jogo dá ao jogador a habilidade de perceber antecipadamente as recompensas que alcançará, por esse motivo, diz-se que se o jogador entender a tática dominante, sua situação será vantajosa ao adversário, independentemente do que ele faça. Para se ter o domínio do jogo, é necessário ter uma excelente organização das táticas e estratégias e, antes de lançá-las, rever o jogo, as jogadas e decisões, repensar, perceber as dimensões e o lugar. É importante ter capacidade de improviso, apesar de acreditar que o jogo está dominado, poderá ser surpreendido pelo adversário, e terá que sair da zona de conforto e se reacomodar, reestruturar (ROSA, 2017).

Não cabe ao jogador valorar o efeito das táticas e, sim, ao julgador, portanto, a compreensão pode ser variada, cabendo ao jogador não se precipitar em relação a segurança do resultado da tática, pois elas podem não funcionar conforme esperado. “O futuro processual não depende somente das expectativas de comportamento que previamente delineamos. Elas podem cercar, mas sempre estão abertas ao imponderável e dependem sempre do contexto em que a partida é jogada” (ROSA, 2017, p. 100).

Ademais, sair da zona de conforto, alterar as respostas, táticas e estratégias, pode ser o recurso de trunfo, que deixará o adversário perdido. O resultado do jogo não pode ser antecipado, mas pode ser moldado, através das táticas apresentadas

em cada subjogo, surpreendendo o oponente e julgador, a fim de alcançar seu resultado (ROSA, 2017).

Rosa (2017) apresenta as possibilidades de ação como blefes, truques, trunfos e ameaças, que são formas de comunicação durante a aplicação das táticas. Ressalta a importância de saber quando aplicar cada ação, pois, entre jogar com profissionais ou jogar com amadores, há um grande contraste. Elas podem ser usadas em debates orais ou escritos. “Claro que há uma diferença entre dominar a complexidade cognitiva para influenciar o jogo e a manipulação, que consiste na construção artificial de cursos de ação para alterar a interação” (ROSA, 2017, p. 101).

A primeira ação apontada por Rosa (2017) é o blefe, que se caracteriza pelo excesso de confiança diante do valor da aposta. O resultado dessa ação depende muito da reputação do jogador em relação aos jogos anteriores. Blefar com amadores amplia o campo de jogo, pois estão entretidos com a recompensa e jogam com sorte. Para se alcançar um resultado positivo com o blefe, é preciso mais que o domínio das informações do jogo e dos jogadores e julgadores, é preciso capacidade pessoal de convencimento e persuasão. O blefe é usado, na maioria das vezes, no jogo argumentativo. Outrossim, não necessariamente precisa ser utilizado dentro do processo, mas fora dele também, com “[...] uso da mídia, da manipulação da opinião publicada, os vazamentos parciais de informação, os boatos” (ROSA, 2017, p. 103). Essa ação traz a ideia de que o jogador vai até o fim para alcançar o resultado.

Já a segunda ação exposta por Rosa (2017) é o truque, que possui a natureza de contornar um impasse de maneira mais eficaz. Alguns exemplos trazidos pelo autor são:

[...] a apresentação pessoal, a roupa usada, o corte de cabelo, o uso de crachá (que indica estar o acusado trabalhando), a farda policial testemunhante (que traz consigo a força simbólica do Estado), o modo pelo qual o acusado irá se portar, falar, argumentar (ROSA, 2017, p. 104).

Todos os exemplos citados acima fazem parte dos truques, que interferem em várias táticas apresentadas, como podemos perceber, a estética e boa aparências são grandes influências das decisões dos jogadores.

A terceira ação tem caráter argumentativo matador, capaz de destruir a tática dominante, é denominada de trunfo. É uma jogada arriscada, mas que pode fazer a diferença se aplicada no momento certo. “Esperar o momento certo para desmascarar uma testemunha, anexar um documento, enfim, aguardar o momento justo, encontra no trunfo seu lugar” (ROSA, 2017, p. 105).

De outro lado, a ameaça serve como uma intimidação, não devendo ser confundida com pressão ou coação, mas como forma tática de se impor em relação ao adversário. Sua utilização pode deixar o oponente confuso, receoso em suas jogadas a partir de então. “As ameaças consistentes em dar o ultimato, isto é, dizer: é pegar ou largar, no contexto dos jogos processuais”, “a eficácia da jogada depende da credibilidade que o oponente der à ameaça.” A fim de ser compreendido, o jogador precisa apresentar ameaças claras e concebíveis, dando ao adversário certeza da vontade imposta. As ameaças precisam ser cumpridas, na sua maioria, pois o seu não cumprimento acarreta em perda de credibilidade da sua aplicação (ROSA, 2017, p. 106).

Por fim, a ação olho por olho, dente por dente, busca compreender as atitudes sistemáticas dos jogadores com o intuito de alcançar a vingança. Nessa ação se demanda o jogo cooperativo, onde o jogador só colabora mediante a colaboração do adversário, ou seja, a tática seguinte dependerá da jogada anterior. “Podem ocasionar as ditas ‘estratégias sinistras’ em que além da resposta na mesma moeda, ainda se pune, no presente ou futuro, o outro jogador pela ausência de cooperação, muito comum em júri” (ROSA, 2017, p. 107).

Essa ação é utilizada, geralmente, em jogos processuais repetitivos, onde se encontram os mesmos jogadores ou até o mesmo julgador, com desavenças passadas. Uma grande técnica para superar as desavenças passadas é quebrar as barreiras do diálogo e se retirar do campo de batalhas, e quem a aplica são jogadores profissionais, que conseguem ampliar o campo de visão atingindo resultados melhores (ROSA, 2017).

Há relevância em se administrar o jogo para não se tornar algo pessoal, observando-se as regras do jogo, pois os viciados tendem a ultrapassar as barreiras. “Ser profissional no jogo processual é conseguir colocar-se no lugar de cada um dos

agentes da interação processual, antecipando as recompensas e, assim, as táticas e estratégias” (ROSA, 2017, p. 109).

3.3 As Regras do jogo

A Teoria dos Jogos, apesar de não parecer, segue as regras do devido processo penal substancial. Inicia-se a partida pela denúncia ou queixa, por meio do qual o jogador defensor é citado, para dar partida à fase probatória, mediante subjogos, utilizando-se do benefício do contraditório e do *fair play* (jogo limpo) (ROSA, 2013).

Conforme exposto no artigo 394 do Código de Processo Penal, existem dois tipos de procedimentos: comum e especial. O procedimento comum abrange os processos ordinários, que ocorre quando a sanção for igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade; sumários, quando as sanções forem inferiores a quatro anos de pena privativa de liberdade e sumaríssimos, quando os delitos forem de menor potencial ofensivo. Já o procedimento especial atende aos processos do júri, contra a honra, contra a propriedade imaterial, servidor público, falimentares, lavagem de dinheiro, eleitorais, competência originária e de drogas.

Segundo previsão do artigo 41, do Código de Processo Penal, o procedimento ordinário inicia-se com a apresentação de queixa apta ou denúncia, após o reconhecimento como apta, procede-se o recebimento ou rejeição, determinando-se, então, a citação do acusado para que apresente, no prazo de dez dias, resposta a acusação, devidamente fundamentada, através de procurador constituído ou defensor público. Caso citado, não se manifestar nos autos, bem como deixar de apresentar defesa prévia, será nomeado a este um curador especial. Após apresentada a preliminar, o julgador poderá “[...] finalizar o jogo pelo reconhecimento de causa de excludente da ilicitude, existência manifesta de causa de excludente de culpabilidade, salvo inimputabilidade, atipicidade e extinção da punibilidade (art. 397, CPP)”, ou deixar de reconhecer a absolvição sumária, designando audiência de instrução e julgamento, no prazo de sessenta dias. Se houver prova oral a ser coletada em audiência, a ordem a ser respeitada é a seguinte: ofendido, testemunhas/informantes de acusação, testemunhas/informantes

de defesa, esclarecimento dos peritos e, por fim, interrogatório do réu. Em caso de as testemunhas/informantes residirem em outra cidade, será encaminhada carta precatória ou rogatória àquela cidade, a fim de facilitar a oitiva das testemunhas/informantes, destacando-se que sem a suspensão do processo. No prosseguimento, será encerrada a instrução, sendo possível às partes apenas produzirem provas que tenham relação com o produzido em audiência. Nada sendo requerido, as partes deverão, obrigatoriamente, conforme artigo 403, do CPP, apresentar alegações finais orais ou por memoriais. Por fim, proferir-se-á sentença (ROSA, 2013, p. 155).

A previsão do procedimento sumário encontra-se no artigo 531 ao 538, do Código de Processo Penal, onde apresenta, basicamente, as mesmas características do processo ordinário, divergindo somente no prazo da audiência, que é trinta dias e no número de testemunhas, que é menor, sendo cinco.

Já o procedimento sumaríssimo, como abrange diversas áreas, tem previsões espalhadas, e cada uma específica à sua realidade.

O Juizado Especial Criminal, por exemplo, está amparado pela Lei n. 9.099/95. Esse procedimento tem início pela audiência de conciliação “[...] com a possibilidade de composição dos danos civis (arts. 74 e 750, seguida, se for o caso, de transação penal (art. 76) e suspensão condicional do processo (art. 89, STF, Súmula n. 723 e STJ, Súmula n. 243)”. Caso se fizer necessária a instrução, o Ministério Público ofertará, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de outras diligências e, após, proceder-se-á a citação do autor. Designar-se-á audiência de instrução e julgamento, na qual deverá o réu apresentar defesa prévia, e sendo o caso de rejeição, implicará na efetivação da instrução, passando a proceder-se a oitiva da vítima, testemunhas, tanto de acusação quando de defesa, e interrogado o réu. Destaca-se que, conforme art. 394, parágrafos 2º, 4º e 5º do CPP, o número máximo de testemunhas a serem arroladas é de cinco (ROSA, 2013, p. 156).

Já o procedimento do Júri, “[...] se orienta pelos princípios previstos no art. 5º, XXXVII, da CR (plenitude de defesa, sigilo das votações e soberania dos veredictos)”. Esse procedimento se divide em duas fases: instrução preliminar e

juízo em plenário. Na fase de instrução preliminar, que é de competência do Juiz de Direito, o processo respeitará o seguinte andamento: apresentação de denúncia, citação do réu, possibilidade de defesa preliminar, vista ao Ministério Público, audiência de instrução e decisão. Assim, não havendo recurso pendente, acontecerá a segunda fase, onde o réu poderá arrolar até cinco testemunhas ao plenário, e mediante o corpo de sete jurados, será realizado o julgamento, presidido pelo julgador (ROSA, 2013, p. 156).

Exposto o andamento regular do processo, podemos começar a falar mais especificamente sobre o enlace da Teoria dos Jogos com o processo penal. Segundo Rosa (2013), a maioria dos jogadores estipula ou espera, no início do processo, alcançar um resultado positivo e, para isso, elaboram táticas e estratégias, observando sempre a movimentação do adversário. “Resume-se em: se eu fizer isso, ele tende a fazer aquilo; então posso seguir por aqui e, nesse caso, ele deverá fazer isso. Cuida-se da antecipação dos movimentos dos adversários e agentes processuais, tendo em vista as recompensas” (ROSA, 2013, p. 127).

Nesse jogo, faz-se necessário apurar o maior número de informações possíveis a respeito dos jogadores, bem como observar com cautela a extensão em que o jogo acontece, a fim de viabilizar sua antecipação em todos os atos do processo, e entender rapidamente cada jogada e estratégia utilizada pelo rival. Será necessário atentar-se aos jogadores oportunistas que não respeitam as regras do jogo, com o propósito de alcançar o resultado do jogo (ROSA, 2017).

Cabe destacar que, independente das atitudes dos demais jogadores, a estratégia dominante é o que envolve o jogador, conforme o conto do Dilema do Prisioneiro.

Nesse sentido:

O Dilema do Prisioneiro ajuda a compreender que a ausência de cooperação é pior para ambos, mas diante da ausência de informações qualificadas e também de confiança, mostra-se como estratégia dominante. Por outro lado, a imposição de condições reais de ausência de informação é eficiente para o Estado quando deseja descobrir informações, operacionalizando o instituto da colaboração/delação premiada. A depender da recompensa de quem julga a ação penal, assim, teremos resultados flutuantes no tocante às regras, porque podem ter o sentido condicionado ao que se pretende (ROSA, 2017, p.129).

O objetivo do jogo é garantir o *fair play* (jogo limpo), devendo o julgador manter as rédeas do processo, aplicando sanções rígidas para violações das regras, e seguindo a rigor os procedimentos de nulidades. Perde-se o controle do jogo, das regras lícitas, quando se joga “[...] sujo na pressuposição de que o oponente também jogará sujo” (ROSA, 2017, p. 129).

Consoante Rosa (2017, p. 132), o “[...] processo entendido como jogo, as regras estabelecem as jogadas ilícitas bem assim regulamentam os comportamentos autorizados, proibidos e obrigatórios.” Então, entende-se que as regras dependem da atitude de cada jogador e julgador, e o *fair play* (jogo limpo) é mantido através do sistema processual padrão. O que mais se espera do processo penal, aplicando-se o *fair play* (jogo limpo), é que ele oportunize aos jogadores tratamento igualitário.

Uma das grandes táticas utilizadas pelos jogadores, está ligada ao tratamento desigual, um exemplo citado por Rosa (2017, p. 133), é “[...] apresentar, ao final da instrução, documento que poderia ter sido juntado anteriormente, justamente para evitar o contraditório sobre ele, embora a disposição do art. 231 do CPP.” Esse tipo de comportamento não é ilegal, mas torna-se duvidoso. Jogar sem *fair play* (jogo limpo) é correr riscos, e conseqüentemente, se descoberto, poderá repercutir em sua reputação, bem como nos demais jogos futuros. Uma dica chave é garantir a confiança dos demais jogadores e julgadores, conforme expõe Rosa (2017):

Ganha espaço, dentro do contexto do jogo de boa-fé, a discussão sobre o comportamento processual contraditório, conhecido do direito civil pela expressão ‘*venire contra factum proprium*’, consistente no estabelecimento, a partir da confiança e da boa-fé objetiva, de uma expectativa sobre os comportamentos futuros, a saber, um primeiro comportamento do jogador, incluindo o julgador, promove a necessidade de coerência com o comportamento posterior (ROSA, 2017, p. 134).

Jogar limpo não quer dizer que você precisa seguir sempre o mesmo pensamento, a fim de que não desconfiem de seu jogo, até mesmo porque cada jogo possui características individuais, não podendo ser tratadas com a mesma visão. Mas, acredita-se que não pode ser uma surpresa, não se pode radicalizar o pensamento, a menos que tenha uma justificativa plausível e bem fundamentada.

Segundo Rosa (2017, p. 37), podemos comparar a trapaça e a fraude do jogo processual com o *doping* (jogo sujo) esportivo, uma vez que seu objetivo final é o mesmo, alcançar o resultado, sem observar o *fair play* (jogo limpo). Todos precisam

agir com ética, inclusive os julgadores, que não podem “[...] praticar ilegalidades, omitir informações desfavoráveis, valer-se de métodos não autorizados em lei, potencializar inescrupulosamente elementos probatórios, mesmo que os agentes pensem que seja por bons motivos”, e mutuamente a defesa.

Para melhor compreender a importância do *fair play* (jogo limpo), devem ser analisadas a incidência das nulidades, com relação a ele, quais são: a relação ao procedimento e a relação às provas obtidas. Assim, também podemos compreender o *doping* (jogo sujo) ao analisarmos as práticas comissivas e omissivas. Ademais, podemos cingir o ‘autodoping’, com as táticas escolhidas pelos jogadores, quando deixam de apresentar provas, deixam de formular perguntas relevantes, entre outros. Todavia, o ‘heterodoping’ condiz com os aspectos externos do processo, que estão ligados a coação de testemunhas, corrupção, utilização de provas ilícitas, etc. O *doping* (jogo sujo) viola o *fair play* (jogo limpo) (Rosa, 2017).

Nesse sentido:

O doping manipula o dispositivo do processo penal, inserindo o material ou método em desconformidade com as práticas democráticas, convertendo-se em uma condenação/absolvição dopada, suja, própria de charlatões (ROSA, 2017, p. 141).

Por fim, é possível concluir que as regras processuais são claras, entretanto, as regras da teoria dos jogos são jogar limpo, aplicar o *fair play* e, evitar comportamentos contraditórios, pois, quando menos se espera, o jogador é pego pelo *doping*, que estraçalha sua reputação, denigre sua imagem perante outros jogadores e julgadores, prejudicando sua atuação em outros jogos, passando-se por antiético.

3.4 O resultado do jogo

Ao anteceder o objetivo deste subcapítulo, apresentarei algumas informações acerca da fase probatória, com o intuito de comprovar que a decisão judicial é elaborada em cima de informações juntadas durante essa fase e, após, passarei a discorrer sobre o resultado do jogo.

De acordo com Rosa (2013), é função dos jogadores produzir provas, a fim de guiar o processo para a decisão almejada, sendo o julgador ignorante, que deverá manter-se inerte. A produção de provas no processo passa por quatro fases que são: o requerimento, o deferimento, a produção e a valoração. Isso significa que o jogador requer a produção da prova que desejar, o juiz analisa sua pertinência deferimento ou indeferindo, após é produzida a prova, e ao final do processo, quando for proferir sua decisão, averiguará sua valoração. Essa fase é imparcial, pois, por vezes, pode não ocorrer como esperado, por exemplo, uma testemunha pode não comparecer ou mudar seu depoimento.

Nessa fase do processo, faz-se necessário revisar suas estratégias, tendo em vista que é a última chance de apresentar todas as informações, antes do juiz proferir sua decisão. Então, deverá analisar “[...] a tradição em que o julgador se insere, quais suas opções ideológicas e trajetória individual” (ROSA, 2013, p. 163), para facilitar a captação do que falta para chegar ao resultado almejado. Cada julgador segue sua linha de entendimento e uma tática brilhante é entender essa linha utilizada.

Destaca-se que as provas produzidas no inquérito policial servem somente para a análise do recebimento da denúncia, a fim de averiguar se existem os elementos necessários para a admissibilidade da denúncia oferecida pelo Ministério Público. Ademais, é flagrantemente inconstitucional o uso do artigo 155, do CPP. Sendo, ainda, “[...] absolutamente antidemocrática a utilização dos elementos do Inquérito Policial para efeito de condenar o acusado, salvo as irrepetíveis, cujo contraditório será diferido” (ROSA 2013, p. 164).

Refere o autor acima citado, que é terminantemente proibida a produção de provas ilícitas, segundo o devido processo legal substancial. As provas devem, sempre, atender aos requisitos legais.

Conclui esse processualista que o jogador acusado jamais pode ser condenado com aplicação de qualificadora por falta de prova, que deveria ser realizada pelo Estado, visto que a carga probatória não foi cumprida. “Acolher-se a condenação é modalidade de “jeitinho” no processo penal” (ROSA, 2013, p. 166).

Para iniciar-se a sentença, o julgador deve, primeiramente, produzir o relatório do andamento do processo, após fundamentar seus argumentos e, por fim, elaborar a conclusão. O julgador deve ter cautela ao proferir sua decisão, quando o jogador acusador postular pela absolvição do réu, pois, nesse caso, ele terá que optar pela absolvição. Faz-se coisa julgada, quando a decisão transita em julgado aos jogadores (ROSA, 2013).

Ademais, assevera-se que o julgador, ao proferir a sentença, deverá observar o disposto no art. 387, inciso IV, do CPP, que impõe ao julgador o dever de fixar um valor mínimo de indenização a vítima, o qual oportunizará a vítima o ressarcimento de seus prejuízos com o ocorrido, bem como por ser “[...] vedado ao juiz arbitrar o valor, por ausente o devido processo legal” (ROSA, 2013, p. 172). A indenização, poderá ser cobrada em processo civil e somente o acusado poderá figurar no polo passivo, não sendo possível figurar terceiros.

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS JOGOS EM PROCESSOS CRIMINAIS NAS COMARCAS DE ESTRELA E LAJEADO/RS

Este capítulo terá como objetivo verificar, a partir de levantamento de dados com os operadores do direito, seu entendimento sobre a Teoria dos Jogos, a qual pretende positivar a aplicação da Teoria dos Jogos nos processos penais nas Comarcas de Estrela e Lajeado/RS.

4.1 Os profissionais do Direito que atuam nas Comarcas de Estrela e Lajeado possuem conhecimento a respeito da Teoria dos Jogos?

Este subcapítulo terá por objetivo apresentar o resultado da pesquisa aplicada junto aos operadores do Direito, a fim de demonstrar o nível de conhecimento desses profissionais em relação à Teoria dos Jogos, bem como demonstrar se é aplicada frequentemente e em quais casos é mais visível.

Para isso, foi elaborado um questionário com treze perguntas, alternadas entre perguntas diretas e indiretas, a respeito da Teoria dos Jogos, as quais foram respondidas por Promotores, Magistrados e Defensores Públicos, profissionais que atuam nas Comarcas de Estrela e Lajeado/RS.

A primeira pergunta do questionário foi composta da seguinte forma: Por que é necessário analisar a concretude dos fatos para se julgar o mérito? Com ela, procurou-se entender, de forma indireta, se os processos seguem uma forma padrão de julgamento, ou se realmente são analisados em sua concretude. Esta possui

vinculação à Teoria dos Jogos, porque Rosa (2013) entende que os processos são julgados, muitas vezes, pelas aparências, reputação e vingança.

Com essa questão, foi possível identificar que os Defensores Públicos, de ambas as cidades pesquisadas, acreditam ser necessária a análise da concretude dos fatos, para se julgar o processo de forma individual, destacando que “[...] os fatos em suas particularidades nunca se repetem”.

Já a Magistrada da cidade de Estrela, entende necessária a análise da concretude dos fatos para se fazer a correta aplicação da lei.

Os Magistrados da cidade de Lajeado, por sua vez, compreendem essenciais as análises da concretude dos fatos, pois é através deles que se comprova a autoria e materialidade da imputação. Asseveram, ainda, que o processo penal, como fenômeno, está assentado em eventos fáticos, dos quais emergem as condutas que o titular da ação penal conclui típicas, antijurídicas e praticadas por cidadão dotado de culpabilidade. Então, são tais condutas que têm de ser julgadas, o que compõe exatamente o mérito da ação penal.

O Promotor de Justiça da cidade de Lajeado percebe que, essencialmente, no Processo Penal não existe padronização. Imperativamente deve-se conhecer o fato e, na medida do possível, reconstruí-lo em juízo.

Já a questão número dois, teve o objetivo de analisar o que influencia para que cada processo seja único, visto que Rosa (2013) entende que, apesar das regras serem universais, o processo precisa ser singular, cabendo a cada caso, uma regra diferente.

Os Defensores Públicos entendem que são as pessoas que influenciam para que cada processo seja único, cabendo aos operadores do Direito observar o aspecto subjetivo e as vicissitudes que alteram os fatos.

Já a Magistrada da cidade de Estrela entende que o processo se torna único pelos fatos apurados e pelas relações estabelecidas interpessoais e intersociais.

Os Magistrados da cidade de Lajeado, por sua vez, consideram que cada caso possui suas peculiaridades, devendo-se analisar as alegações da parte e a

provas dos fatos. Ainda, aduzem que os eventos do mundo se repetem, mas muito dificilmente de forma perfeitamente idênticos, seja pelo fato em si, seja pelas pessoas nele envolvidas.

O Promotor de Justiça da cidade de Lajeado conclui nesta questão que no processo penal não existem dois fatos idênticos.

A terceira questão procura entender qual a influência dos antecedentes criminais do réu no julgamento da sentença. Consoante Rosa (2013), a análise dos antecedentes interfere somente no cálculo da pena, no qual se observa se o réu é reincidente ou não. Contudo, esta questão tem por finalidade avaliar se os antecedentes possuem outra influência no julgamento do processo, além da exposta por Rosa (2013), sem analisar o processo em sua concretude.

Os Defensores Públicos entendem que os antecedentes criminais do réu influenciam no julgamento proferido na sentença, apesar de infringir o princípio da legalidade. Mas acreditam que o ser humano está sensível a tudo que os orbita. Não necessariamente são influenciados propositalmente, mas inconscientemente.

A Magistrada da cidade de Estrela entende que os antecedentes criminais influenciam somente no momento da aplicação da pena.

Os Magistrados da cidade de Lajeado, por sua vez, compreendem que os antecedentes não influenciam no julgamento da causa, mas somente na culpabilidade do acusado. Sendo considerados como circunstâncias judiciais e agravantes, podendo também influenciar no regime inicial do cumprimento da pena. Os antecedentes também são analisados no momento da decretação da prisão preventiva, sendo elemento importante para uma análise perspectiva de possibilidade de ataque a ordem pública.

O Promotor de Justiça da cidade de Lajeado reconhece que os antecedentes do réu influenciam no processo penal, uma vez que há determinação nesse sentido no art. 59 do Código Penal.

Da forma que o sistema jurídico está posto, é possível cumprir seu objetivo diante da sociedade? A finalidade desta questão é autoexplicativa, ou seja, se

nossas leis são suficientes para atender a demanda da sociedade, já que o processo penal é tão antigo.

Um dos Magistrados da Comarca de Lajeado entende que ela cumpre um papel importante. Considera que seja necessário tornar o processo mais simples, com possibilidade de decisões mais curtas e objetivas, permitindo julgamentos mais rápidos e sem tantas preocupações com formalidades puramente processuais. O outro compreende que para o que ele foi concebido, com toda sua seletividade e lógica de manutenção do atual estado de coisas, sim. Para a construção de uma outra sociedade, mais própria do preconizado na Constituição da República, não, sendo que o Direito Penal e o Direito Processual Penal não estão concebidos para promover este objetivo.

O Defensor Público de Lajeado entende que o sistema jurídico deixa muito a desejar, mas seria pior sem ele, pois daria razão à barbárie; à “Justiça com as próprias mãos”.

O Defensor Público de Estrela entende que em uma visão macro, o sistema jurídico teria como objetivo a pacificação dos conflitos sociais. Nessa ordem, ainda que extremamente formal e distante dos reais problemas sociais, obviamente mais pela força do que pela credibilidade, o sistema alcança o objetivo, haja vista que vivemos em sociedade de forma pacífica e ordenada. Particularmente, no que tange ao aspecto penal, o sistema jurídico é um grande fracasso. Não pacífica, estigmatiza pessoas e, seduzindo pela opinião pública, acaba avocando responsabilidade que não lhe pertence, qual seja, a de segurança pública (função típica de outro poder, o Executivo).

A Magistrada da Comarca de Estrela acredita que da forma que o sistema jurídico está posto, é possível cumprir seu objetivo diante da sociedade.

O Promotor da Comarca de Lajeado reconhece que inúmeros fatores hoje comprometem a efetividade do “Sistema Jurídico”.

Na questão cinco procurou-se compreender a atuação dos jogadores externos (mídias, familiares) no andamento do processo, bem como na decisão do jogo processual, visto que a mídia é o meio de transporte das grandes repercussões

e, conseqüentemente, acaba causando transtornos, os métodos diferentes de andar o processo, para manter o sigilo das informações constantes no processo, ou até mesmo para manter a segurança do acusado.

Ambos Defensores Públicos acreditam ter influência dos agentes externos no andamento do processo e na decisão, visto que são operadores que convivem em um meio social, suscetíveis às pressões externas, inclusive a mídia, que possui um poder e alcance devastador. Ressaltam que “A neutralidade do julgador é uma utopia”.

Já a Magistrada da cidade de Estrela analisa essa questão de outra forma, entende que não é possível ignorar os agentes externos, mas quem prima pela técnica não se deixar influenciar.

Os Magistrados da cidade de Lajeado possuem diferentes entendimentos, um entende que os agentes externos influenciam no processo, porém não de forma determinante para o julgamento do feito. Exercem certa importância para casos específicos. O outro analisa que os grandes conglomerados de comunicação têm histórica intervenção na cena política brasileira, não raramente também buscando imiscuir-se em situações afetas ao Poder Judiciário, tudo isso ilegitimamente.

O Promotor de Justiça da cidade de Lajeado expõe que, em alguns casos, infelizmente, existe a influência dos agentes externos no andamento e julgamento do processo.

Na sexta questão, buscou-se entender se há um prévio julgamento pessoal influenciado por etnia ou classe social do réu na hora de acusar, defender ou julgar o processo, visto que Rosa (2013) destaca que a vestimenta, aparência e status dos jogadores podem interferir no julgamento, sendo inclusive uma tática utilizada pelos jogadores.

Na resposta dos Defensores Públicos, é possível concluir que existe sim a influência de etnia ou classe social no julgamento dos processos. Apresentam dados da população carcerária, onde é possível visualizar que 70% é formada por negros ou pardos. Entretanto, destacam que nas academias nacionais são raros os afrodescendentes ocupando os bancos escolares. Asseveram: “Esse caldo cultural é

indissociável das práticas do sistema penal de justiça que, aliás, o reproduz de forma sistemática”.

A Magistrada da cidade de Estrela entende que se julgam os fatos.

Os Magistrados da cidade de Lajeado possuem entendimentos diversos. Um destaca que não reconhece esse tipo de influência. Enquanto o outro, que essa questão exige uma pesquisa específica, mas acredita que o certo é não ter influência, pois se julga a conduta e não seu indicado autor.

O Promotor de Justiça da cidade de Lajeado afirma que no âmbito da repressão ostensiva pode haver influência, mas nos julgamentos em primeiro e segundo graus, registrando-se públicas e notórias influências nas Cortes Superiores.

Até que ponto, no processo penal, um acordo pode se sobrepor a lei? Essa foi a sétima pergunta do questionário aplicado. Visou-se analisar se o acordo formulado entre jogadores de acusação e jogadores de defesa poderia se sobrepor as leis.

O Defensor Público de Estrela acredita que um acordo jamais poderia se sobrepor a lei. Não pactua com a ideia de que os fins justifiquem os meios. Não há acordo perante a lei.

Por sua vez, o Defensor Público de Lajeado entende que em questões muito complicadas, que envolve a obrigatoriedade do processo, evita-se uma tendência na justiça penal negociada, o que vai de encontro com a legalidade.

O Promotor de Justiça de Lajeado acredita que em nenhuma hipótese o acordo pode se sobrepor a lei, pois o processo penal rege-se pela legalidade.

A Magistrada de Estrela acredita que nos crimes de menor potencial ofensivo é possível, nos demais não.

Um dos Magistrados da Comarca de Lajeado entende que nos crimes sem violência ou grave ameaça a pessoas, especialmente, e até nos que a tenham, mas em que se verifica tratar-se de casos isolados, sem grandes repercussões para os envolvidos, o acordo penal abreviaria em muito a solução dos casos. Entende muito

importante a possibilidade de acordo em todos os feitos em que a vítima tenha interesse.

Já o outro Magistrado assevera que é a lei que deve dispor sobre acordos, consagrando os possíveis e os vedados.

A oitava questão abrange os questionamentos formulados em audiência, analisando se são questionamentos que induzem a resposta ou perguntas indiretas, como devem ser feitas. Sabe-se que muitas vezes, quando alguma testemunha, vítima ou qualquer parte não recorda mais dos fatos, lê-se o depoimento prestado na Delegacia de Polícia e pede-se para confirmar, sendo uma forma de indução das respostas.

O Defensor Público de Estrela entende que as perguntas são formuladas de forma a alcançar o ponto que se busca demonstrar, ou seja, depende da estratégia utilizada para cada caso.

Por sua vez, o Defensor Público de Lajeado acredita que depende do conhecimento prévio que o operador tem do processo.

A Magistrada da cidade de Estrela acredita que as perguntas são formuladas visando a extração das informações que interessam a cada parte para caracterizar o fato, o tipo penal e o crime.

Os Magistrados da cidade de Lajeado responderam de forma diversa. Um entende que as perguntas são formuladas de acordo com cada caso e para cada testemunha, não havendo roteiro. Já o outro, assevera que para a acusação questiona-se a fim de esclarecer aquilo que narrou na inicial acusatória e, a defesa questiona para desconstituição da acusação, para a afirmação de eventuais teses defensivas ou, ainda, para o estabelecimento da dúvida.

O Promotor de Justiça da cidade de Lajeado coloca que depende das particularidades do interrogado ou depoente. No seu caso, pautado inicialmente pelo relato policial e complementado com os elementos coletados durante a solenidade.

A questão nove buscou entender se a relação de proximidade existente entre Promotores e Magistrados com relação aos Defensores Públicos e Advogados não

interfere no julgamento da causa? Há a mesma interação com essas funções que atuam na defesa?

O Defensor Público de Estrela assevera que pode existir uma relação de proximidade entre os atores processuais, sendo em alguns casos de maior e outro de menor intensidade. Ressalta que, em regra, a proximidade não influencia no julgamento propriamente dito, muito embora, não no mérito, mas no resultado final pode acabar refletindo. Expões que “Negar tal possibilidade, seria como acreditar em processo inumano”.

O Defensor Público de Lajeado reconhece a possibilidade de haver alguma influência, mas não considera significativa em comparação com a influência da etnia e classe social.

A Magistrada da Comarca de Estrela percebe que a relação profissional não deve interferir nos julgamentos, destacando que cada operador do direito possui sua função dentro do processo, quanto melhor cada um desempenhar sua atividade mais rica fica a atividade do outro e o resultado final.

Um dos Magistrados da Comarca de Lajeado entende que tal proximidade não pode influenciar o julgamento. A urbanidade entre os atores é importante, mas deve ser mantida a impessoalidade nos julgamentos de quem quer que seja. O outro Magistrado afirma não haver hierarquia, mas funções diferentes na estruturação do Sistema Judiciário, onde cada um deve exercer seu papel, sendo indevida a “interação” entre os agentes.

O Promotor de Justiça de Lajeado entende que não há hierarquia entre Promotor e Magistrado em relação ao Defensor Público e Advogados.

A questão de número dez teve por finalidade observar se a empatia do advogado ou do Ministério Público pode influenciar no julgamento do processo, considerando que, na maioria das vezes, arrolam-se várias testemunhas em um único processo. O julgador, com sua agenda lotada de audiências, pode ter uma empatia maior pela parte que colabora ao desistir de algumas testemunhas, principalmente no final dia.

Todos os participantes acreditam que a empatia do advogado e Ministério Público não influencia no julgamento do processo, exceto um dos magistrados da Comarca de Lajeado, que assevera: “A empatia é virtude sempre, em qualquer lugar e para qualquer agente. A capacidade de colocar-se no lugar do outro e, então, de respeitá-lo, deveria ser obrigação de todos que atuam em um espaço público como é o processo”.

Os questionamentos de números onze, doze e treze, foram formulados de forma direta, objetivando analisar o conhecimento que os operadores do Direito possuem em relação à Teoria dos Jogos, se, da experiência de cada um, é possível perceber a teoria de uma forma mais intensa em determinadas tipificações de crimes, bem como, quais são as táticas mais usadas durante o processo.

Os Defensores Público possuem conhecimento superficial sobre a Teoria dos Jogos. Conhecem juristas que escrevem sobre o referido tema. Inclusive, o Defensor Público de Estrela resumiu a “Teoria dos Jogos no Direito como a prática de análise prévia das decisões a serem tomadas entre os outros atores do processo (jogadores), permitindo que se adote o melhor ataque e a melhor defesa no caso concreto, após análise de todas as variáveis, objetivas e subjetivas, que envolvem o processo”.

Acredita que a Teoria dos Jogos pode ser aplicada em todas as tipificações penais, mais especificamente nos processos de lavagem de dinheiro e nos casos de delação premiada.

O Defensor Público de Lajeado expõe que os Defensores precisam ter um conhecimento não só das regras e princípios legais, mas também analisar a tendência das jurisprudências. Assim, estarão aptos a desenvolver uma estratégia.

Por sua vez, o Defensor Público de Estrela acredita que não existe receita para elaboração de estratégias. Em muitos casos, as táticas mais usuais são a de prospectar a posição adotada pelo órgão julgador ou instância recursal nos casos similares, buscar conhecer os perfis dos jogadores envolvidos, a fim de saber quais os limites se pode alcançar, utilizar recursos que possam, de uma maneira ou outra, vincular o processo a determinado órgão julgador ou órgão julgador fracionário, buscar minimizar eventuais danos, quando materiais, buscar a composição entre as

partes, usar a prisão preventiva e outras medidas cautelares como mecanismo de pressão, dentre outras técnicas.

Já a Magistrada da cidade de Estrela respondeu não conhecer acerca do referido tema, restando frustradas as demais questões.

Os Magistrados da cidade de Lajeado, por sua vez, relataram não conhecer a Teoria dos Jogos, antes de iniciar o preenchimento do questionário aplicado.

Com relação à questão doze, um entende que acredita ser usada a Teoria dos Jogos nos casos das ações da Lava Jato, com aceitação de delações premiadas. Portanto, afirma que parece ser mais aplicada aos crimes contra a administração pública ou que envolvam dificuldades à produção da prova, especialmente quando foi possível abrir mão de uma punição severa, para obter a punição e a cessação da atividade criminosa para muitas pessoas. O outro Magistrado entende prejudicada esta questão por não ter conhecimento acerca da Teoria dos Jogos.

Na última questão, um respondeu que é conhecer os julgamentos do Magistrado, aguardar a produção de provas para antever possível resultado favorável. E o segundo discorreu que o juiz e Ministério Público não devem ter táticas, visto que são instituições públicas, que atuam de acordo com os mandamentos constitucionais. Portanto, a defesa é a única que pode se utilizar de táticas para chegar ao resultado do almejado.

O Promotor de Justiça da cidade de Lajeado replicou não possuir nenhum conhecimento acerca da Teoria dos Jogos, ao anteceder o questionário, restando frustradas as demais questões.

Com o levantamento de dados, foi possível concluir que, na visão dos Defensores Públicos, que já possuem um conhecimento prévio, mesmo que superficial, percebe-se a atuação da Teoria dos Jogos nas Comarcas de Estrela e Lajeado.

Na visão dos Magistrados e Promotores, que relataram não ter conhecimento acerca da Teoria dos Jogos, não é possível perceber a aplicação da Teoria dos Jogos nas Comarcas de Estrela e Lajeado.

4.2 Os jogadores do processo penal. Quem são os jogadores e qual o papel deles no jogo. Como os jogadores utilizam a teoria dos jogos para vencer o jogo.

Na Teoria dos Jogos as partes do processo são tratadas como jogadores. Rosa (2017) divide os jogadores em internos e externos, sendo os internos os Magistrados, o Ministério Público, os defensores, o acusado, a vítima e, os externos, a mídia, o *lobby* (atividade de influência ostensiva), os familiares, o Tribunal e os grupos de pressão. Para compreender a posição de cada jogador, é preciso localizar o papel deles no jogo:

a) julgador: juiz, desembargadores, ministros; b) jogadores (acusação, assistente de acusação, defensor e acusado); c) estratégia de cada jogador (uso do resultado); d) táticas das jogadas (movimentos de cada subjogo) e, e) recompensas/*payoffs* (ganhos ou retornos) de cada jogador com a estratégia e tática (ROSA, 2017, p. 111).

De acordo com Rosa (2017), os jogos processuais são regulados pelas regras gerais do processo penal, que delimitam o desempenho das atividades particulares e regulamentam a produção de provas. Os jogadores, por sua vez, precisam ser analisados com cautela, considerando que são sujeitos com mapas mentais diversos, ou seja, possuem formação de vida e teórica diversas.

Ademais, relevante enfatizar que, ao analisar cada jogador, faz-se necessário entender as recompensas que cada jogador demanda no jogo processual, bem como as táticas e estratégias que pretendem aplicar. Porém, Rosa (2017) explica que o jogo processual é assimétrico, isto é, as partes não possuem previamente todas as informações que comporão o acervo processual, sendo importantíssima a incessante reavaliação das táticas a serem utilizadas em cada subjogo processual. Caso o jogo processual fosse simétrico, os jogadores teriam todas as informações do processo precocemente.

Ainda que as provas a serem elaboradas (periciais e documentais) aconteçam de forma paralela, não se caracteriza jogo simétrico, considerando que a valoração de cada prova se dará somente no momento da decisão judicial (ROSA, 2017).

Em todos os jogos processuais a conduta do jogador e do julgador possui a potência de modificar o resultado, já que a incerteza preside no jogo, com certa dose de sorte (álea) (ROSA, 2017, p. 113).

Além dos jogadores externos, outro jogador que pode mudar a decisão final são os julgadores, constituídos pelos Magistrados e Tribunal. Os jogadores acusação e defesa, ao analisar o processo, observam que podem alcançar determinada decisão, contudo, o julgador, pessoa quem decide, pode tomar decisão diversa da esperada pelos demais jogadores, visto que dispõe de outro entendimento com relação às provas e documentos apresentados no processo (ROSA, 2017).

Para ser um bom jogador é preciso:

a) ter capacidade analítica de leitura do contexto processual; b) antecipar as expectativas de comportamento (estratégia e tática dominante/dominada) e manejar as árvores do jogo; c) conhecer o aparato normativo, dos jogadores e julgadores envolvidos, bem assim as recompensas de cada um deles; d) ter criatividade capaz de buscar alternativas e se preparar para problemas, saber contingenciar as alterações dinâmicas de cursos em face do contexto (ROSA, 2017, p. 115).

Segundo Rosa (2017), o jogo processual é mediado pelo julgador (Juiz), desde a denúncia até o trânsito em julgado, o qual opera as regras impostas pelo Estado, limitando, inclusive, o tempo e o espaço. É um jogo dinâmico, podendo ocorrer mudanças drásticas na decisão (alternância, vitória, empate ou derrota), entretanto, podem ser modificadas com os jogos repetitivos ou em outras instâncias recursais.

Rosa (2017) destaca que, ao escolher participar do jogo, tanto como jogador, quanto como julgador, precisamos deixar as preferências de lado, porquanto, existem diversos jogadores que optam em mascarar-se, mudam a performance, para roubar a cena. No julgamento, onde sempre há “[...] uma parcela de sorte/azar e uma guerra de argumentos, com a pretensão de convencer o julgador” (ROSA, 2017, p. 116), os jogadores são dominados pela recompensa, ou seja, a vitória.

São as normas processuais que estabelecem onde ocorrerão as partidas e quais sujeitos operarão no jogo processual. O Ministério Público, a Defensoria, a Advocacia e os órgãos julgadores foram criados pela Constituição da República, é ela quem estipulou as regras de fixação de competência e é somente a partir dessas regras que pode acontecer o processo penal.

Ademais, como as regras dependem de convenção estatal, podemos concluir que as regras do jogo processual variam de acordo com cada país a ser aplicado.

Importante destacar, consoante Rosa (2017), a relevância da memória do jogo e dos jogadores. A memória do jogo, nada mais é que a recordação que temos dos demais participantes do jogo, sendo pelas discussões, pelos acertos ou desacertos. É de grande magnitude observar as atitudes que temos durante os jogos processuais, devendo sempre manter a calma e tratar os demais com respeito, visto que nossa reputação poderá interferir nos jogos posteriores.

A reputação dos jogadores poderá interferir nos jogos posteriores diante da pressuposição de que podemos ter os mesmos adversários nos jogos seguintes, bem como os mesmos “[...] magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, o padrão de respeito, amizade e cortesia pode gerar, no futuro, a aplicação da lógica ‘olho por olho, dente por dente’” (ROSA, 2017, p. 117).

Uma diferença a ser analisada nos jogadores no início da partida é se são jogadores engajados ou burocráticos. Nos jogos em que os jogadores são engajados eles usam suas emoções na obtenção da estratégia, geralmente atentos a atender um plano individual, como, por exemplo, a honra pessoal. Já os burocráticos tratam como mais um processo, não interferindo nas questões pessoais, emoções. Segundo Rosa (2017), não podemos distinguir em melhor ou pior. Os engajados tendem a insistir no processo para alcançar o resultado almejado, contudo, o burocrático aceita facilmente, aceitando composição de acordos ou mesmo a derrota.

Como já vimos, é através da convenção estatal que identificamos os jogadores aptos, bem assim é por ela que estipulamos especificamente a função de cada um, como por exemplo: “[...] Ministério Público denunciar; Defesa apresentar alegações preliminares, ou seja, cada agente possui um lugar e uma função” (ROSA, 2017, p. 118).

Além de conhecer a posição e a função de cada jogador, será preciso analisar seu mapa mental para ter o controle do jogo, averiguando sua forma de argumentação, sua maneira de pensar, bem como a linguagem que utiliza (ROSA, 2017).

Oportuno destacar que existe outra diferença entre os jogadores, que são os profissionais/habituais e os amadores/eventuais. Rosa (2017) evidencia a importância de os jogadores encontrarem-se no mesmo nível de força, considerando que a qualidade dos jogadores dispõe de grande influência no resultado do jogo processual. “Aliás, em qualquer jogo dinâmico de informação incompleta, quanto mais você conhecer dos jogadores, das regras, das recompensas, das táticas e estratégias, melhor poderá gerenciar o risco processual” (ROSA, 2017, p. 119).

Apesar do conhecimento sobre a Teoria dos Jogos ser importantíssimo para entender o jogo processual, a maioria dos jogadores ainda são amadores e não compreendem sua dimensão. Isso pode tornar o jogador amador presa fácil para o jogador profissional que entende das mais variadas formas de manipulação. Entretanto, o jogador profissional precisa ficar atento, considerando que o amador não compreende a dimensão do jogo, pode agir de forma imprevisível, visto que não se comporta de forma racional, muitas vezes, usando de suas emoções, tomando decisões inesperadas (ROSA, 2017).

Rosa (2017) cita diversos exemplos a respeito da disposição de tempo para se preparar para os jogos processuais e ressalta que é preciso muito mais do que conhecer as regras processuais, é preciso ocupar o tempo disponível para se preparar, ao invés de aproveitá-lo para o lazer com a família. Salienta, que o “[...] foco, a elaboração de táticas e estratégias é condição de possibilidade para resultados vitoriosos” (ROSA, 2017, p. 121). Um jogador lesionado, pode levar o jogo processual há diversas variações. Cita o seguinte exemplo:

Usain Bolt ganhou medalhas de ouro em três olimpíadas. Michel Phels ganhou 23 medalhas em Olimpíadas. A competição acontece em um período específico. Não ficam eles no sofá aguardando as Olimpíadas a cada 4 (quatro) anos. Há um longo período de preparação, treinamento, até o grande dia (ROSA, 2017, p. 121).

Esse processualista dá dicas de como ser um bom jogador, quais são:

a) paciência: nada de apressar o ritmo da partida sozinho; deve-se atentar para o ritmo das informações probatórias e a capacidade de compreensão. O que é evidente para uns, pode não ser para outros. Fique atento aos sinais argumentativos e de postura corporal dos jogadores, especialmente do julgador; b) capacidade de manter a atenção: observar o desenho e contexto do jogo é algo que faz com que se possa prestar a atenção aos detalhes que modificam a compreensão. O olhar do julgador e seus expressões corporais podem ser decisivas para táticas subsequentes; c) determinação e confiança: sem que o jogador acredite em sua tese e

apresente confiança em seus argumentos, a prevalência estratégica estará comprometida; d) competência técnica e teórica: estudar as regras do jogo (e não a que desejamos/ gostamos) em face dos jogadores e o respectivo mapa mental é um ganho para o jogo de interação do processo penal; e) tenacidade: saber se portar de modo adequado em face da flutuação tática é algo que se aprende e, definitivamente, não há regra universal; f) sensatez e inteligência: saber fazer a leitura do jogo para não piorar sua situação estratégica pode melhorar o resultado. Em jogos perdidos ou com jogador convencido da tese do oponente, as táticas diversificadas devem ser acionadas. Insistir no mesmo em nome da coerência rígida é uma atitude pouco inteligente; g) domínio emocional: a interação humana do jogo investigatório/processual exige que os jogadores não percam a cabeça, sejam agressivos para além do tolerado, nem comemorem ou esculachem os adversários, bem assim o julgador, dado o efeito da memória dos jogadores. Perder ou ganhar faz parte do contexto de cada jogo. Sentir-se injustiçado é uma das possibilidades, especialmente quando todos os jogadores estão convencidos de suas teses (ROSA, 2017, p. 122-123).

Então, concluímos que devemos ser jogadores atentos e atualizados, pois além de manter-se atualizados e conhecer todas as regras processuais, devemos estar atentos a todas as ações dos demais jogadores, inclusive do adversário. Assim, será possível alcançar um resultado benéfico para o jogo processual, controlando as recompensas, mantendo o *fair play* e a boa reputação para as demais jogadas e jogos futuros que estarão por vir.

4.3 Como resolver a bricolage jurídica no processo penal com base na Teoria dos Jogos

Rosa (2004), em sua tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, tratou sobre a “Decisão no processo penal como bricolagem de significantes” e, em um dos subcapítulos, discorreu sobre “a verdade processual como bricolagem: o avesso da epistemologia”. Com base nessa tese, será possível iniciar este subcapítulo, apresentando uma síntese do que é a bricolage jurídica. Após, desenvolverei acerca da possibilidade de resolver a bricolage jurídica no processo penal com base na Teoria dos Jogos.

O doutrinador acima citado entende bricolage como um trabalho flexível, podendo ser construído, remontado, colado e integrado, sem que haja um plano pré-determinado, ou seja, não se subordina a aquisição de materiais ordinários, pois ao

se focar no resultado e não no projeto como um todo, se vale daquilo que comumente é refugado (ROSA, 2004). Refere-se à Lévi-Strauss como um guia, pois este entende a bricolage como:

A palavra possui diversos significados no francês. O *bricoleur* pode significar a pessoa que realiza todo tipo de trabalho manual; *bricoler*, empregado como verbo, quer dar a entender uma forma provisória, de ziguezaguear, de jogar por tabela, utilizar meios indiretos, rodeios; já como substantivo pode ser entendido como ricochete, engano, astúcia, trabalho inesperado, pequeno acessório; bricolage como trabalho de amador, e, especialmente na antropologia, o trabalho onde a técnica é improvisada e adaptada ao material existente, às contingências (STRAUSS apud ROSA, 2004, p. 376).

A bricolage tem a ideia de juntar o maior número de significantes, que são informações e provas apresentadas pelas partes ao processo, sempre levando em conta, as regras do jogo processual e o *fair play*, visto que o julgador não poderá analisar em sua decisão qualquer significante, como também, não pode desconsiderá-lo, devendo atribuir a cada significante seu valor de forma fundamentada no momento da decisão.

Nesse sentido:

No caso da bricolage, ao contrário do preenchimento de significantes necessários ao projeto da acusação, a atividade jurisdicional guia-se pelo recolhimento de todos os significantes produzidos pelas partes, alinhando-os somente ao final, no ato decisório, momento em que há interseção com sua singularidade e os respectivos condicionantes (inconscientes, ideológicos, midiáticos, criminológicos, éticos, dentre outros) (ROSA, 2004, p. 378).

É, a partir do lançamento das provas, dos significantes produzidos validamente, que o julgador, utilizando-se da técnica da bricolage jurídica (deixando de lado o controle racional total e, levando em conta os documentos que dispõe), profere a verdade processual. Essa será proferida com base em uma teoria e um método, devidamente fundamentada, onde será escolhida uma opção ética, entre as hipóteses selecionadas.

Cumpramos ressaltar que entender a teoria e o método utilizado pelo julgador para analisar as significantes é primordial num Estado Democrático de Direito. Fundar-se na alegação de que a lei é maior, o torna inocente, de modo que não enxergamos que o julgador possa estar agindo com seu entendimento, tornando-o incapaz de manter a segurança jurídica. Ainda que se fundam na lei, podemos

perceber em seu ato decisório a interpretação pessoal do processo. “Em regra, as condições retóricas de sentido (Brum) tamponam seu aparecer e poucos reclamam: uns porque não sabem, outros por ilusão e uma pequena parcela por saber o que faz (Lyra Filho)” (ROSA, 2004, p. 379).

Os ‘juristas de ofício’ trabalham com conceitos pré-dados pelo ‘senso comum teórico’, enquanto o *jurista-bricoler* maneja *significantes*. Não que faça muita diferença na base, dado que na verdade ambos somente possuem significantes. Mas o ‘jurista de ofício’ está preso aos conceitos fornecidos – *prêt-à-porter* – pelo *senso comum teórico* e suas indústrias (doutrina e jurisprudência), ao passo que o ‘jurista-bricoler’ aceita deslizar/ousar com e nos *significantes*, num processo ético (Dussel) de atribuição de sentido realizado com os ‘outros’, partes no processo, e o Outro (ROSA, 2004, p. 380).

Assim, fundando-se em Rosa (2004), podemos substantiar que o jurista de ofício objetiva o procedimento padrão, buscando a “verdade verdadeira”, embasando-se em doutrinas e jurisprudências, mantendo sempre uma decisão exemplar, levando a acreditar que cumpriu sua missão. Contudo, o juiz-bricoler deixa o jogo acontecer até sua finalização. Este acaba por se dividir em árbitro de significantes, num primeiro momento e, posteriormente, no dito julgador. O árbitro de significantes garante o cumprimento das regras e do *fair play*, controlando o jogo através de punições aos que jogam ilicitamente. O julgador, por sua vez, organiza os significantes a fim de proferir a decisão. O “[...] juiz-bricoler reconhece de bom grado o poder de jogar, permutar, comutar, enfim, deslizar na cadeia de significantes para gerar uma reorganização dos fragmentos de sentido e, portanto, do resultado” (ROSA, 2004, p. 381).

A ‘verdade processual’, pois, não é espelho da realidade e a atividade cognitiva avivada no Processo Penal é um mecanismo de ‘bricolage singular’, entendido, como em francês, como fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito. E nunca o é, por impossível (ROSA, 2004, p. 381).

Ou seja, a ‘verdade processual’ não se baseia somente na produção de significantes, mas, principalmente, na forma em que serão dispostas no momento da decisão processual, cabendo ao julgador ordená-las de forma ética e, conseqüentemente, podendo se observar neste momento processual a legitimidade ética da decisão. A forma que serão dispostas as significantes pode alterar a decisão, cabendo a cada disposição uma nova hipótese de julgamento.

A decisão ‘*man made*’, desta forma, sempre terá a pitada pessoal, ainda que vinculada às pretensões de validade (Cap. 7º), já que “o bricoler

sempre coloca nela alguma coisa de si.” Permutando significantes e julgando com aquilo que se apresenta, o um-juiz pode articular decisões mais democráticas porque demonstra, sem chicanas, blá-blá-blá, sua visão de mundo, que certamente influencia no ato decisório mesmo quando se acredita ilusoriamente “neutro” (Juiz Truman). Um significante desliza em relação a outro e assim se constrói uma decisão, podendo, nessa trama, colocar em evidência determinadas partes, relegando outras, mas fundamentando sua decisão, ao contrário do que se verifica no Brasil contemporâneo. Enfim, é preciso se assumir e pagar a conta (ROSA, 2004, p. 382).

Quanto aos protagonistas do processo de bricolage jurídica, Rosa (2004) assevera que são as partes, assim como o juiz que emitirá a decisão. Entretanto, acredita que estes estejam influenciados por apreciações morais, caracterizando-se em sujeitos conscientes da epistemologia da modernidade. Destaca que “[...] é preciso se desvencilhar democraticamente, no caminho da decisão, desses pontos de vista e, talvez, ao pensar que se tenha desvencilhado, o ego tenha vencido, definitivamente” (ROSA, 2004, p. 383).

Considerando o exposto acima, podemos passar à análise da solução da bricolage jurídica no processo penal com base na Teoria dos Jogos. Percebe-se que existe uma nova forma de construção de decisões jurídicas, assentadas como “efeitos da política, ideologia e pré-conceitos pessoais (in)conscientes”, ou seja, fundadas em concepções já definidas (ROSA, 2017, p. 168).

Rosa (2017) equipara a decisão a um evento semântico, onde ocorrerá a organização das significantes, devendo ser, necessariamente, coerente à descrição do julgador. Apesar de existir diversas linhas a seguir, o julgador deverá encontrar a mais adequada a seguir.

No sentido da visão formal, Rosa (2013) entende que precisa haver uma congruência entre a acusação e a decisão, se entender que o referido processo possui outra qualificação jurídica, deverá oportunizar ao acusador e ao réu, manifestarem-se. Não pode o julgador, sem oportunizar o contraditório, alterar a qualificação jurídica, visto que o réu não se defende somente do fato processual, mas também da tipificação atribuída a ele. Outro fato a se destacar, se o acusador requerer a absolvição do réu, assim, o julgador deve determinar, porquanto, não pode o julgador se sobrepor a vontade da acusação.

Ademais, sabe-se que com a aproximação da vítima ao processo, tornou-se possível a fixação do valor mínimo de indenização dentro do processo penal, desde que requerido na denúncia ou queixa crime, oportunizando-se produção probatória e garantindo o contraditório do réu. Não pode o julgador, de surpresa, estipular o valor mínimo de indenização, visto que fere o devido processo legal (ROSA, 2013).

Após, reconhecida a responsabilidade penal, essa poderá ser executada através de processo civil, cabendo ao legitimado, constituído pelo ofendido, representante legal ou herdeiro, apurar o valor da obrigação e executar. Destaca-se, no polo passivo, somente poderá atuar o acusado, e não eventual responsável civil. O Ministério Público não pode propor a ação nos Estados que existe Defensoria Pública, dado que se trata de atribuição desta (ROSA, 2013).

5 CONCLUSÃO

O propósito do pesquisador consiste em realizar uma pesquisa e comprovar as questões que foram levantadas durante o estudo, sendo somente essa a nossa tarefa. Apesar da Teoria dos Jogos no Processo Penal ser pouco conhecida, ela existe e é frequentemente aplicada no dia a dia dos operadores do Direito, sem ser percebida. Com uma breve leitura à obra de Alexandre Morais da Rosa, único doutrinador que trouxe ao Brasil a referida teoria baseada no Processo Penal, é possível perceber que a Teoria dos Jogos está presente em praticamente todos os atos praticados dentro do processo penal, sem ao menos perceber.

Fez-se necessário, inicialmente, entender o que é e como acontece o processo penal. O Direito Processual Penal é uma das tantas divisões do Direito Público e tem por finalidade a regulamentação das funcionalidades do Estado no processo. O Estado dispõe do direito de punir a partir da violação do Direito Penal, entretanto, antes de instituir uma pena, deve sempre oportunizar o contraditório a defesa. Apresentada a contestação, acontecerá a fase probatória onde serão produzidas todas as provas necessárias para que o juiz possa averiguar as circunstâncias dos fatos, para, ao final, declarar a culpabilidade do réu, imputando-lhe a pena cabível.

Existe, portanto, o que se chama de conflito de interesses. De um lado, o Estado pretendendo punir o agente e, de outro, a pessoa apontada como infratora, exercendo seu direito de defesa constitucionalmente garantido, a fim de garantir sua liberdade.

O processo penal passou por diversas modificações ao longo dos anos até chegar à forma em que se encontra hoje. Mudanças essas que foram causadas pela sociedade, provocando a implementação dos sistemas processuais penais, momento em que o Estado trouxe para si a aplicação do direito, com o objetivo de proteger a coletividade. Durante essas mudanças, o processo penal passou a ser visto de diversas formas, sendo criado, então, mais de um sistema processual que são denominados de sistema acusatório, sistema inquisitório e sistema misto. Contudo, não se pode atrelar os sistemas processuais penais a uma evolução histórica, eis que surgiram da necessidade e, desde então, não obtiveram significativas alterações.

O sistema acusatório foi criado com o objetivo de equiparar a hipossuficiência da defesa com a plenitude organizacional do Estado, promovendo, portanto, a justiça. Ou seja, através desse sistema, dividiu-se as funções entre três personagens: o juiz, o autor e o réu. O juiz deve ser imparcial, possuindo a função de aplicar a lei, podendo somente se manifestar quando provocado, sendo que a provocação é incumbida ao autor, restando ao réu defender-se.

No sistema inquisitório do Processo Penal o juiz tinha o poder de julgar, acusar e defender, podendo, portanto, solicitar as provas a serem produzidas, sendo passível ainda a tortura e falso testemunho, para, em seguida, julgar o processo por sua livre convicção. Na fase probatória, o juiz tinha liberdade para colher as provas que entendia pertinentes. Diferente do sistema acusatório, aqui, o acusado permanecia preso durante todo o processo, sendo, na maioria das vezes, torturado até a confissão. O réu era tratado como objeto, não lhe sendo proporcionado o direito ao contraditório. Diante disso, o sistema inquisitório começou a perder forças, passando a mesclar-se com o sistema acusatório.

Assim, surgiu o sistema misto, com a finalidade de defender o sistema acusatório, o qual, na maioria das vezes, era acionado somente por vingança, sendo pouco procurado pelos ofendidos devido à falta de recursos ou desinteresse. Nesse sistema, o Ministério Público apresentava a acusação e o Juiz as investigava. Com o surgimento do sistema misto, aumentou as garantias do réu, assegurando a ele o direito de defesa no curso da instrução probatória.

Atualmente, segundo os doutrinadores, utilizamos o sistema acusatório, porém não puro. Os doutrinadores usam o termo não puro, pois o juiz, apesar de não produzir provas, pode solicitá-las de ofício para elucidar os fatos. Outra influência, para que seja considerado não puro, é a presença do inquérito policial no processo penal, onde as provas acostadas nos autos do inquérito policial, que foram utilizadas para proceder a denúncia, são também analisadas no momento do julgamento.

No desenvolvimento das teorias, ao explicar o conceito de teoria, que não é unívoco, e quais são os requisitos exigidos para que ela se desenvolva em uma disciplina, a fim de entender sua finalidade.

Teorias são ideias não comprovadas, baseadas em fatos verdadeiros e, se certificadas, ganham autoridade legal. Fatos e teorias são inter-relacionadas, tanto que não existe teoria sem ser baseada em fatos. São indispensáveis a abordagens científicas, consistindo em instrumento científico apropriado para explicação dos fatos. Tem a função de resumir através das generalizações empíricas e das inter-relações de afirmações comprovadas, o que já se sabe acerca do assunto em desenvolvimento. Um novo fato ou uma nova descoberta podem provocar o início de uma nova teoria.

As teorias podem ser rejeitadas e reformuladas, pois estão em constantes alterações, sendo simultaneamente observados novos fatos, dado que surgem dúvidas em seu conceito antigo, não se enquadrando mais em sua nova visão. Ocorre, também, a redefinição e o esclarecimento das teorias, destarte o foco de interesse da teoria. Acontece que dada teoria se formou baseada sobre aspectos gerais, contudo, surgiram hipóteses específicas, que, conseqüentemente, exigiram sua explicação a renovação e a redefinição. É necessário, ainda, perceber que as teorias podem ter seus conceitos clareados, pois uma das exigências fundamentais da pesquisa é a de que os conceitos sejam definidos como suficientes.

Assim, é possível concluir que a teoria serve para explicar fatos que acontecem em determinado momento, sem que possam entender, mas depois de um estudo aprofundado será possível vê-la com outros olhos. No entanto, será possível perceber que apesar de não ser conhecida e pouco estudada, a Teoria dos

Jogos é aplicada ao Processo Penal, de forma imperceptível, pois são as ações tomadas por cada jogador que caracterizam a Teoria dos Jogos.

A Teoria dos Jogos enxerga o Processo Penal como um jogo, onde acontecem interações entre jogadores, regulamentadas pelo Estado que impõe as regras do jogo, quem serão os jogadores e qual a função de cada um. Para se chegar ao resultado pretendido, faz-se necessário, primeiramente, elaborar a estratégia que deseja alcançar, após, deverá ficar atento a todas as jogadas lançadas pelos demais jogadores e elaborar uma análise para escolher a melhor tática a ser jogada naquele momento processual. O mais importante no momento de escolher a estratégia é encontrar o Equilíbrio de Nash.

Ao iniciar o jogo processual, analisa-se primeiramente a organização do jogo em dois momentos, primeiro articulam-se os sentidos em face da normatividade abstrata e, segundo, mapeia os jogadores, analisando sua expectativa de jogada, seu modo de compreender e operar as decisões, observar as recompensas que almeja, a fim de antecipar seu comportamento.

Considerando que o referencial teórico da Teoria dos Jogos deveria ser formal, não responde como tal, visto que os afetos e sentimentos humanos podem gerar variáveis. Além da atuação racional, existe a vontade de ganhar.

Conhecer o adversário não significa prever todas suas jogadas, confiar cegamente no adversário pode trazer prejuízo ao jogo. Os interesses, recompensas e jogos ocultos ultrapassam a perspectiva abstrata em nome do resultado.

No jogo processual penal as regras são jogar limpo, aplicar o *fair play* e evitar comportamentos contraditórios, pois, quando menos se espera, o jogador é pego pelo *doping*, que estraçalha sua reputação, denigre sua imagem perante outros jogadores e julgadores, prejudicando sua atuação em outros jogos, passando-se por antiético.

A exploração das regras do jogo é um forte mecanismo de pressão como blefes, truques, trunfos e ameaças, que são formas de comunicação durante a aplicação das táticas. Elas podem ser usadas em debates orais ou escritos.

Ressalta-se a importância de saber quando aplicar cada ação, pois, entre jogar com profissionais ou jogar com amadores, existe uma grande diferença.

Diante do exposto, pode-se concluir que o resultado do jogo depende da interação humana, bem como das táticas e estratégias aplicadas pelos jogadores no processo, sendo que podem ser táticas/estratégias, dominantes/dominadas. Assim, aplicou-se um questionário a fim de averiguar a aplicabilidade da Teoria dos Jogos no Processo Penal.

A bricolage é uma forma de decisão, onde o julgador permite que as partes produzam todas as provas que desejarem, trazendo ao processo o maior número de informações possíveis, para, no momento da decisão, o julgador organizar as informações apresentadas pelas partes e julgar o processo. Aplicada à Teoria dos Jogos, além da organização das informações, que podem seguir diversas linhas de entendimento, tem a influência das concepções já definidas, assentadas como efeitos da política, ideologia e pré-conceitos pessoais (in)conscientes.

Através do levantamento de dados, feito com operadores do Direito, através da elaboração de um questionário com treze questões elaboradas de forma direta e indireta, foi possível concluir que a Teoria dos Jogos é aplicada no Processo Penal, porém, poucos dos operadores conhecem essa teoria.

Na análise dos questionários aplicados aos Defensores Públicos de ambas as Comarcas, é possível perceber que apesar de terem pouco conhecimento, responderam as questões diretas e indiretas com base na Teoria dos Jogos, comprovando que a teoria existe e é diariamente aplicada nos processos penais das Comarcas estudadas.

Já na análise dos demais questionários, que foram aplicados aos Magistrados e Promotores, foi possível verificar que não possuem conhecimento acerca da Teoria dos Jogos, pois, em ambas as questões, diretas e indiretas, mesmo respondendo com coerência as perguntas, é nitidamente visível que não possuem conhecimento, ressaltando que em alguns casos deixaram de responder as perguntas diretas, frustradas por falta de conhecimento acerca da Teoria dos Jogos.

Percebeu-se maior interesse pela Teoria dos Jogos entre os Defensores, os quais, além de possuir uma restrição legal e administrativa menor em relação aos Magistrados e Promotores, possuem uma necessidade de se equivar de medidas adversas por lidar com a parte de maior hipossuficiência.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARRUDA, Rejane Alves; CALVES, João Paulo; PEREIRA, Ricardo Souza. **Manual de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616783/cfi/3!/4/4@0.00:65.9>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 mai. 2018.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos**: planejamento, elaboração e apresentação. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

Dicionário Online de Português. **Significado de Teoria**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/teoria/>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

Dicionário Online de Português. **Significado de Microeconomia**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/microeconomia/>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar**: Como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro. **Direito processual penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211080/cfi/3!/4/4@0.00:59.9>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

JAPIASSÚ, Hilton. **Dicionário básico de filosofia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010770/cfi/6/2/4/2@0:0>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011456/cfi/6/10/4/22/2/2@0:0>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no Processo Penal como Bricolage de Significantes**. 2004. 443 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. 2. ed. Florianópolis: EModara, 2017.

TAMBARA, Vinicius Otávio Cechin. A evolução histórica dos sistemas processuais penais. In: **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 13, n. 1123, 2013. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3040>>. Acesso em: 12 out. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

APÊNDICE A – Questionário

QUESTIONÁRIO A SER RESPONDIDO POR OPERADORES DO DIREITO DAS COMARCA DE ESTRELA E LAJEADO/RS NO SEMESTRE A/2018

Este questionário faz parte do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, da Universidade do Vale do Taquari – Univates, da acadêmica Rafaela Mueller, orientada pelo prof. João Antônio Merten Peixoto. O questionário possui questões relacionadas à Teoria dos Jogos aplicada ao Processo Penal e visa analisar, mediante respostas de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos, a aplicabilidade dessa Teoria nas Comarcas de Estrela e Lajeado/RS.

O questionário será entregue diretamente ao operador do direito, que deverá fundamentar todas as respostas. O presente questionário terá duração máxima de 15 minutos. A retirada fica estipulada para o dia 14/05/2018.

Agradecemos desde já pela atenção e disponibilização em colaborar com a coleta de dados.

QUESTIONÁRIO:

- 1) Por que é necessário analisar a concretude dos fatos para se julgar o mérito?**
- 2) Na sua opinião, o que influencia para que cada processo seja único?**
- 3) Os antecedentes do réu influenciam no julgamento da sentença?**
- 4) Da forma que o sistema jurídico está posto, é possível cumprir seu objetivo diante da sociedade?**
- 5) Considerando os crimes que repercutem na sociedade, há alguma influência dos agentes externos (mídia, familiares) no andamento do processo, bem como na decisão?**

6) Entende que há um prévio julgamento pessoal influenciado por etnia ou classe social do réu na hora de acusar, defender ou julgar o processo?

7) Até que ponto, no processo penal, um acordo pode se sobrepor a lei?

8) Como são formulados os questionamentos a serem feitos na audiência?

9) A relação de proximidade existente entre Promotores e Magistrados com relação aos Defensores Públicos e Advogados não interfere no julgamento da causa? Há a mesma interação com essas funções que atuam na defesa?

10) A empatia do advogado ou do MP podem influenciar no julgamento do processo?

11) Qual o conhecimento que possui em relação à Teoria dos Jogos?

12) De sua experiência, em quais tipificações de crimes é mais comum perceber a aplicação da Teoria dos Jogos?

13) Quais são as táticas mais usadas durante o processo?

APÊNDICE B – Termo de Consentimento Livre e Esclarecimento - TCLE

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Eu,, cuja atividade exercida é, no Município de/RS, aceito, pelo presente Termo, participar do questionário para a monografia “Aplicação da Teoria dos Jogos no Processo Penal nas Comarcas de Estrela e Lajeado/RS”, da acadêmica do Curso de graduação em Direito da Universidade do Vale do Taquari - Univates, de Lajeado/RS, Rafaela Mueller, orientada pelo prof., João Antônio Merten Peixoto.

Pelo presente Termo fico ciente que:

1. A monografia tem por objetivo estudar a aplicabilidade da Teoria dos Jogos no processo penal a partir de depoimentos de operadores do direito nas Comarcas de Estrela e Lajeado/RS.
2. A coleta de informações será feita mediante questionário padronizado, aberto;
3. É-me garantido o sigilo quanto à origem das informações, não podendo ser revelada a minha identidade;
4. Por este trabalho se espera como benefício apurar conteúdo pertinente a uma teoria utilizada, porém pouco conhecida;
5. As informações coletadas serão interpretadas e gerarão uma parte do trabalho de conclusão de curso de Direito da acadêmica Rafaela Mueller, cujo resultado será apresentado em banca de defesa no mês de junho/2018, garantindo-se o sigilo da fonte das informações;
6. Caso a monografia, após sua defesa em banca, seja enviado para a Biblioteca da Univates, este Termo não a acompanhará, devendo ser enviado para o Arquivo Central de documentos da Instituição. Ficará como Anexo da monografia uma cópia em branco deste Termo;

Frente a qualquer dúvida, o professor orientador e a acadêmica estarão à disposição pelos telefones João Antônio Merten Peixoto – (51) 9 9888 1887 e (51) 9 9763 0347 – Rafaela Mueller, ou pelos e-mails jampeixoto@univates.br e rafaela.mueller@universo.univates.br.

Assim, este Termo será expedido em duas vias, sendo uma via da acadêmica para inserção na monografia e outra do informante.

Lajeado, dede 2018.

Acadêmica

Informante